

ISSN 2704-8667  
[online]

# ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali

International Review of Legal, Economic and Social Science



con il patrocinio  
dell' Università degli Studi di Napoli Parthenope

[WWW.ISTITUZIONIDIRITTOECONOMIA.EU](http://WWW.ISTITUZIONIDIRITTOECONOMIA.EU)

Anno III  
Numero 3 -2021  
SETTEMBRE – DICEMBRE

**IERDISAF**

# ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali  
International Review of Legal, Economic and Social Science

Periodico scientifico quadrimestrale *open access* di dottrina, giurisprudenza  
e documentazione pubblicato all'indirizzo:

**URL** <https://www.istituzionidirittoeconomia.eu>

**Editore (*Publisher*):**

IERDISAF – Istituto Europeo di Ricerca e studio comparato del  
Diritto e delle Scienze Amministrative e Finanziarie – NAPOLI (IT)  
C.F. 95228970638

**Sede, Redazione e Direzione della Rivista:**

c/o IERDISAF  
Via Traversa Nuova Marina n. 8 – 80133 Napoli (IT)

**Contatti:**

Tel. (+39) 371 11 96 605  
Email: [redazione@istituzionidirittoeconomia.eu](mailto:redazione@istituzionidirittoeconomia.eu)

**Direttore Responsabile:**

Avv. DOMENICO DENTE GATTOLA

**Data pubblicazione web:**

**DICEMBRE 2021**

## **DIREZIONE SCIENTIFICA**

Direttore: DOMENICO CROCCO, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - Condirettori: DARIO LUONGO, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - FEDERICO PICA, *SVIMEZ - Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA A. SALEMME, *Corte di Cassazione* - MARCO TIBERII, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

## **COMITATO SCIENTIFICO**

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - CARLO AMATUCCI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - CARLO AMIRANTE, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ENRICO BONELLI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - SERGIO CAPOZZI, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - RAFFAELLO CAPUNZO, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA R. CASTALDO, *Università degli Studi di Salerno* - STEFANO CHERTI, *Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale* - MANLIO INGROSSO, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli* - PIER FRANCESCO LOTTITO, *Università degli Studi di Firenze* - VINCENZO MASTRONARDI, *Sapienza Università di Roma* - GIOVANNI NERI, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - EMILIO PAGANO, *Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli* - GIORGIO SPANGHER, *Sapienza Università di Roma* - GENNARO TERRACCIANO, *Università degli Studi di Roma Foro Italico* - SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - PAOLO WULZER, *Università degli Studi di Napoli L'Orientale*

## **COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE**

SANDRA CASSOTTA, *Aalborg University Copenhagen, Danimarca* - RENATA FRANC, *Institute of Social Sciences Ivo Pilar, University of Zagreb, Croazia* - MARGARETH HELFER, *Istituto di Diritto Italiano, Universität Innsbruck, Austria* - ANTHONY W. MCKENZIE, *Miami International University, USA* - ANDREA NUVOLI, *Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - CARMEN PARRA RODRIGUEZ, *Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - COSIMO RISI, *USI, Lugano, Svizzera* - FRANCESCO A. SCHURR, *Istituto di Diritto Italiano, Universität Innsbruck,*

*Austria - SILVIA TRIFONOVA, University of National and World Economy  
Sofia, Bulgaria - MATTHIAS THEODOR VOGT, Hochschule Zittau-  
Görlitz, University of Applied Sciences, Germania*

### **RAPPORTI INTERNAZIONALI**

SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II*

### **COMITATO DI REDAZIONE**

ANGELINA CIRILLO, ROSSELLA CISCOGNETTI  
MASSIMINO CRISCI, IVAN CUOCOLO  
JEAN PAUL DE JORIO, MARCELLA FERRANTE  
PAOLO MAMMOLA, SARA PIANCASTELLI

### **SEGRETERIA DI REDAZIONE**

FRANCESCO CAMPLANI, CARMINE A. A. QUERCIA  
LUCIA ROCCO, FULVIO TUDISCO,

### **DIRETTORE RESPONSABILE**

DOMENICO DENTE GATTOLA

Con il patrocinio dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope



\* \* \* \* \*

La Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, che tratta esclusivamente argomenti scientifici e si avvale della collaborazione di diverse Istituzioni Universitarie italiane e straniere, è un periodico scientifico senza finalità lucrative pubblicato, con periodicità quadrimestrale, esclusivamente *online*.

Essa è resa liberamente disponibile secondo i canoni dell'*Open Access*, in accordo con i principi espressi nella Dichiarazione di Berlino: accesso aperto alla conoscenza, massima diffusione e visibilità sul *WEB* per la ricerca scientifica, diffusione pubblica dei risultati delle ricerche finanziate con fondi pubblici e/o privati. Il lettore può infatti condividere, riprodurre, distribuire, stampare e comunicare al pubblico ogni lavoro scientifico pubblicato su *Istituzioni Diritto Economia*, con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dal diritto d'autore, in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale della Rivista, nonché dell'autore del contributo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono sempre a titolo gratuito. Le opere pubblicate su la Rivista *Istituzioni Diritto Economia* sono attribuite dagli autori. Sono fatte salve, in ogni caso, le garanzie previste dalla disciplina vigente in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (legge n. 633/1941).

La Rivista non è soggetta alla registrazione presso il Tribunale, dal momento che tale adempimento è obbligatorio per le pubblicazioni

periodiche *online* esclusivamente per le attività per le quali i prestatori dei servizi intendano avvalersi delle provvidenze in favore dell'editoria previste dalla legge 7 marzo 2001, n. 62, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 7 del decreto legge n. 70 del 2003.

#### **Modalità di citazione.**

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli della Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, può essere utilizzata la forma di seguito indicata: N. COGNOME, Titolo del contributo, in *Istituzioni Diritto Economia – Rivista online*, Anno I, Num. 1, 2019, p. 10 ss.

#### **Peer review.**

Salvo diversa indicazione, tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo sono soggetti a previa valutazione secondo il metodo *double blind peer review*.

La redazione della Rivista conserva idonea documentazione di tutte le operazioni della procedura di referaggio.

#### **Avvertenza.**

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

## INDICE

### CONTRIBUTI E RICERCHE

ANDREA ANTONIO SALEMME

*Green pass, diritti, libertà, costituzione 'ha da PASS...à, 'a nuttata'...* » 4

ALFONSO CELOTTO

*Obbligo di green pass e bilanciamento dei valori costituzionali* ..... » 51

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA

*Misure di contenimento sanitario da Covid-19 e sopravvenienze contrattuali* ..... » 58

DOMENICO CROCCO

*“Le Roi est mort, vive le Roi!”. Considerazioni sulle Monarchie nello Stato moderno tra obsolescenza e perdurante attualità* ..... » 111

ANGELINA CIRILLO

*Patrimonio culturale della Chiesa in Italia: un profilo storico-giuridico* ... » 183

GIOVANNI NERI

*I crimini delle sette* ..... » 208

### GIURISPRUDENZA ANNOTATA

PIETRO MANCINI

*Sulla sottrazione ontologica al sindacato giurisdizionale degli atti politici* (Nota a Tar Lazio Roma, Sez. I, 16 luglio 2020, n. 8126 –  
Presidente: A. S. Amodio – Estensore: L. M. Brancatelli) ..... » 223

## RECENSIONI

- SABINO CASSESE, *Lo Stato fascista*, Il Mulino, Bologna, 2010,  
pp. 150.  
(a cura di CARMINE A. A. QUERCIA) ..... » 244

## Contributi e Ricerche



ANDREA ANTONIO SALEMME<sup>\*\*\*</sup>

GREEN PASS, DIRITTI, LIBERTÀ, COSTITUZIONE:  
'HA DA PASS...A' A NUTTATA'

SOMMARIO - 1. Premessa. - 2. Il decreto-legge 10 settembre 2021, n. 122. - 3. Il decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127. - 4. Criticità vecchie e nuove sull'uso della decretazione d'urgenza. - 5. Sindacabilità delle violazioni dell'art. 77 Cost. - 6. Richiamo del solo "articolo 16 della Costituzione, che consente limitazioni della libertà di circolazione per ragioni sanitarie". - 7. Green pass europeo: nascita, ratio, disciplina. - 8. Conclusioni sul green pass europeo. - 9. Green pass italiano: differente ratio rispetto a quello europeo e conseguenti criticità. - 10. Valenza obbligatoria del green pass italiano. - 11. Diversa conformazione del green pass italiano rispetto a quello europeo. - 12. Effetti sui diritti e sulle libertà fondamentali. - 13. Spunti problematici di riflessione. 13.1. Ratio del green pass italiano. - 13.2. (Segue) Proporzionalità delle limitazioni allo scopo perseguito. - 13.3. (Segue) Evoluzione delle limitazioni dai dd.PP.CC.MM. al green pass. - 13.4. (Segue) Soggetti esclusi dalla campagna vaccinale. - 13.5. Fonte costituzionale delle limitazioni del diritto al lavoro, allo studio ed all'unità familiare. - 14. Green pass ed indennizzo in caso di eventi avversi. - 15. Considerazioni conclusive. 15.1. Possibili conseguenze del disallineamento del diritto interno rispetto al diritto dell'Unione (e non solo). - 15.2. (Segue) Possibili rilievi problematici sulla costituzionalità del green pass italiano.

1. Premessa.

Dovrebbero indurre a pacata e profonda riflessione – alla luce del modo di dare applicazione all'art. 3 Cost. nella realtà di tutti i giorni – le lodevoli, o quantomeno lodevolmente pragmatiche, iniziative di tante scuole che – ad anno scolastico già iniziato, per gli asili nido e le scuole materne, ovvero in procinto, da martedì 13 settembre 2021, di iniziare, per le altre – si sono autonomamente organizzate – nelle giornate di sabato 11 e domenica 12, dopo aver verificato, in osservanza delle regole anti-Covid, che funzionino le maniglie delle finestre da tenere, per il secondo anno, quanto più possibile aperte<sup>1</sup> e che sia

\* Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Suprema Corte di cassazione; applicato alla Sezione Seconda Penale della medesima Suprema Corte.

rispettata la distanza tra gli ormai roditi, se disimballati, banchi a rotelle<sup>2</sup> – di organizzarsi in modo da effettuare la ricezione e la riconsegna degli alunni sulla linea della porta d'ingresso, evitando che gli accompagnatori di qualsiasi genere entrino negli istituti e, quindi, che taluno debba provvedere a controllarne il *green pass*.

Tante scuole, ma non tutte, taluna adducendo non essere previsto che un addetto, con sommo sforzo, effettui l'accompagnamento dall'ingresso alla classe e viceversa<sup>3</sup>.

Le ricordate iniziative costituiscono una silenziosa risposta, nel contempo di indubbio senso pratico e però anche di spiccata sensibilità verso la non discriminazione ed il rispetto dell'altro, al decreto-legge n. 122 di venerdì 10 settembre 2021, pubblicato il medesimo giorno in Gazzetta Ufficiale, recate le consuete “*Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza da Covid-19*”, questa volta “*in ambito scolastico, della formazione superiore e socio sanitario-assistenziale*”, che estende l'obbligatorietà del *green pass* “*per l'accesso in ambito scolastico, educativo e formativo*” (art. 1) e, su

---

\*\* L'Autore rivolge sentiti e profondi ringraziamenti all'Avv. Sara Piancastelli, del foro di Milano, per l'assistenza prestatagli, sia quanto all'aiuto nel reperimento e nell'analisi delle fonti, sia quanto alla comprensiva pazienza nelle varie fasi di redazione e revisione dell'opera.

<sup>1</sup> Cfr. il verbale n. 100 della seduta del 10 agosto 2020 del Comitato tecnico-scientifico presso il Dipartimento della Protezione Civile, in <https://www.istruzione.it/rientriamoascuola/allegati/STRALCIO+VERBALE+N.+100.pdf>, in rapporto alle immutate generiche previsioni del Piano scuola 2021-2022, in [https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/Piano+Scuola+21\\_22.pdf](https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/Piano+Scuola+21_22.pdf), ove, a p. 7, leggesi “*il CTS conferma la necessità di continuare ad assicurare il rispetto delle ordinarie misure di aerazione dei locali e della sanificazione quotidiana di tutti gli ambienti. È necessario garantire un adeguato ricambio d'aria nei luoghi di permanenza tenendo conto delle dimensioni e dell'ampiezza di ambienti e spazi, del numero di fruitori presenti e identificare eventuali ambienti/spazi scarsamente ventilati*”.

<sup>2</sup> Si riporta, a mero titolo d'esempio, l'occhiello dell'articolo di G. FOSCHINI e F. TONACCI su *La Repubblica* del 17 aprile 2021, *Flop da 100 milioni per i banchi a rotelle: uno su due non è utilizzato*, in [https://www.repubblica.it/cronaca/2021/04/17/news/banchi\\_a\\_rotelle\\_il\\_flop\\_costa\\_caro\\_cento\\_milioni\\_per\\_non\\_usarli-301071548/](https://www.repubblica.it/cronaca/2021/04/17/news/banchi_a_rotelle_il_flop_costa_caro_cento_milioni_per_non_usarli-301071548/): “*Dovevano essere una garanzia di distanziamento ma sei mesi dopo si sono rivelati un pessimo affare con un alto costo. Abbandonati nei magazzini o negli scantinati delle scuole. E ora fioccano gli esposti alla Corte dei conti*”.

<sup>3</sup> Cfr. la notizia del 14 settembre 2021, lanciata da Adnkronos, *Padre senza Green pass a scuola: “Riportatemi i figli o chiamo carabinieri”*, in [https://www.adnkronos.com/scuola-padre-senza-green-pass-o-mi-riportate-i-figli-o-chiamo-carabinieri-il-caso-a-caravaggio\\_2MtGi2e9bo HQ ixEkGDDPON](https://www.adnkronos.com/scuola-padre-senza-green-pass-o-mi-riportate-i-figli-o-chiamo-carabinieri-il-caso-a-caravaggio_2MtGi2e9bo HQ ixEkGDDPON).

diverso piano, l'obbligo vaccinale in riferimento a “*strutture residenziali, socio-assistenziali e socio-sanitarie*” (art. 2).

## 2. Il decreto-legge 10 settembre 2021, n. 122.

Decreto-legge, il n. 122 del 2021, che rappresenta il penultimo di un'ormai lunghissima sequela, cui una situazione di ritenuta perdurante emergenza – pur trascorsi quasi due anni dalla prima dichiarazione d'emergenza (laddove la legge sulla protezione civile, che non contempla tra i presupposti l'emergenza sanitaria<sup>4</sup>, indica proprio in due anni il termine massimo della possibile durata di un'emergenza<sup>5</sup>) – sembra aver abituato il Paese, nell'indifferenza di istituzioni e commentatori anche qualificati, in guisa da essersi determinato un sostanziale esautoramento del parlamento, nelle cui aule non fa in

---

<sup>4</sup> Ai sensi dell'art. 7 del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1 (“*Codice della protezione civile*”) – che nella pur alluvionale produzione normativa anti-pandemia non si è avuto, o trovato, il tempo di integrare – “*gli eventi emergenziali di protezione civile si distinguono in:*

a) *emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili, dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria;*

b) *emergenze connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che per loro natura o estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano nell'esercizio della rispettiva potestà legislativa;*

c) *emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24”.*

La non riconducibilità di una pandemia al concetto di calamità naturale pare aver colpito anche l'attenzione del legislatore emergenziale, atteso che esso ha ritenuto necessario un intervento espresso per formalmente equiparare, neppure la pandemia, ma l'epidemia da Covid-19 agli eventi calamitosi. Invero l'art. 79, comma 1, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, statuisce che “*ai fini del presente articolo l'epidemia da COVID-19 è formalmente riconosciuta come calamità naturale ed evento eccezionale, ai sensi dell'articolo 107, comma 2, lettera b), del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*”. L'art. 107 TFUE, ex art. 87 TCE, riguarda le condizioni di legittimità degli aiuti di Stato.

<sup>5</sup> Art. 24, comma 3, D.Lgs. n. 1 del 2018: “*La durata dello stato di emergenza di rilievo nazionale non può superare i 12 mesi, ed è prorogabile per non più di ulteriori 12 mesi*”.

tempo ad approdare un certo decreto-legge per la conversione che frattanto è sopravvenuto l'incontenibile corteo degli altri.

Decreto-legge costituente l'ennesimo, ma non ancora il massimo, esercizio siffattamente normal-eccezionale dei poteri normativi da parte di un governo che, pur, nell'ultima sua espressione, sebbene sorretto da una *Große Koalition*, non è affatto nuovo a porre la questione di fiducia, bloccando la discussione parlamentare e quindi il diritto di apporto critico della minoranza<sup>6</sup>, finanche 'miratamente' (come in relazione alla conversione in legge del decreto-legge 23 luglio 2021, n. 105, recante *"Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche"*, convertito, con modificazioni, dalla legge 16 settembre 2021, n. 126, solo perché, anche in ragione di taluni dissensi maturati all'interno della stessa maggioranza, nel pomeriggio del 15 settembre 2021, il governo ha posto la fiducia nel passaggio del testo al Senato).

Decreto-legge, tornando al n. 122 del 2021, che – a sostegno della giustificazione della straordinaria necessità ed urgenza, di cui all'art. 77, comma secondo, Cost. – adduce,

---

<sup>6</sup> Cfr. i dati (aggiornati al 6 luglio 2021) che riporta ed analizza lo studio dell'Osservatorio legislativo della Fondazione Openpolis, intitolato *Perché l'abuso dei decreti legge può diventare un problema*, in <https://www.openpolis.it/perche-labuso-dei-decreti-legge-puo-diventare-un-problema>, ove tra l'altro si legge che *"l'attuale esecutivo [...] ha pubblicato in media 4,2 Dl al mese. Si tratta del dato più alto tra i governi delle ultime 3 legislature. Al secondo posto troviamo infatti l'altro governo che si è ritrovato a dover fronteggiare la pandemia e cioè il Conte II con una media di 3,2 decreti legge al mese, al terzo c'è invece il governo Letta con 2,8 decreti al mese. Tutti gli altri esecutivi invece presentano dati inferiori ai 2,5 decreti legge pubblicati in media ogni mese"*; ciò dopo la premessa che *"tra i motivi che hanno portato [l'ultimo esecutivo] ad un massiccio ricorso ai decreti legge vi sono [...] le critiche che erano state rivolte al governo Conte II per l'uso eccessivo dei decreti del presidente del consiglio dei ministri (Dpcm). Per questo motivo Draghi si era impegnato a rinunciarvi privilegiando appunto i Dl che permettono un maggiore coinvolgimento delle camere nel processo decisionale"*. Il fatto che si ritiene meritevole di ponderazione in chiave ordinamentale è che dai d.P.C.M. si è passati ai decreti-legge, essendo tuttavia rimasti pur sempre all'interno di un'assorbente gestione governativa dell'emergenza (e non solo). Ciò, ampliando l'orizzonte temporale, consente di concludere che l'attività parlamentare, con il 34%, al 14 luglio 2021, delle leggi approvate nella XVIII legislatura che costituiscono leggi di conversione di decreti-legge (*I numeri del parlamento nella XVIII legislatura*, in <https://www.openpolis.it/i-numeri-del-parlamento-nella-xviii-legislatura>), è in larga misura susseguente alla produzione normativa del governo.

- da un lato, l'affermazione a termini della quale *“l'attuale – non specificato – contesto di rischio”* – in cui nondimeno il Paese ha ritenuto che sussistessero i presupposti per allentare le maglie delle regole di classificazione delle Regioni, onde consentire che tutte potessero ‘serenamente’ trascorrere l'estate in zona bianca – *“impone la prosecuzione delle iniziative di carattere straordinario e urgente intraprese – quali? – al fine di fronteggiare adeguatamente possibili”* – ossia non attuali – *“situazioni di pregiudizio per la collettività”*;
- dall'altro, la *“straordinaria necessità e urgenza, in vista dell'imminente”* – e purtuttavia dal Piano scuola 2021-2022 da lunga pezza stabilito – *“inizio delle attività didattiche dell'anno scolastico e accademico 2021/2022, di introdurre ulteriori misure in ordine alle modalità di accesso alle strutture scolastiche, educative e formative [...]”*.

3. Il decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127.

Per vero – come anticipavasi – il decreto-legge n. 122 del 2021 non è l'ultimo e neppure il più dirompente della serie.

A collocarsi in *pole position*, almeno allo stato, è il decreto-legge 21 settembre 2021, n. 127, recante *“Misure urgenti per assicurare”* – questa volta – *“lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening”*.

È questo un decreto dedicato allo *“svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato”*.

Ebbene, quel che colpisce è che in nessun luogo del preambolo e in nessun luogo dell'intero decreto è richiamato anche solo uno dei non pochi articoli dedicati dalla Costituzione a lavoro e retribuzione.

Sorprendentemente, nel secondo e terzo *“Visto”* del preambolo, si cita la solita formula fissa, che evidentemente rende conto dell'orizzonte cognitivo del *conditor iuris*: *“Visti gli articoli 32 e 117, secondo e terzo comma, della Costituzione; Visto l'articolo 16 della Costituzione, che consente limitazioni della libertà di circolazione per ragioni sanitarie”*. In disparte ciò, il deserto.

La motivazione circa i requisiti di straordinaria necessità ed urgenza, poi, neppure appare più, come nel decreto-legge n. 122 del 2021, ‘strumentale’, abbandonandosi invece *funditus* ad un'espressione auto-referenziale ed in definitiva vuota: *“Ritenuta la straordinaria necessità e*

*urgenza,<sup>7</sup> di estendere l'obbligo di certificazione verde COVID-19 nei luoghi di lavoro pubblici e privati, al fine di garantire la maggiore efficacia delle misure di contenimento del virus SARS-CoV-2, nonché di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro [...]*".

#### 4. Criticità vecchie e nuove sull'uso della decretazione d'urgenza.

Paiono maturi i tempi per una riflessione, non penetrante né severa, ma serena, sui presupposti della straordinaria necessità ed urgenza prescritti dall'art. 77, comma secondo, Cost. affinché il governo sia eccezionalmente legittimato all'esercizio della potestà legislativa, tanto più in considerazione del fatto che il pacchetto disciplinare relativo al *green pass* scorre tutto sulle righe di una non breve serie di decreti-legge, gli ultimi dei quali si sono attesi, in uno stillicidio continuo, di settimana in settimana, tra anticipazioni e rinvii, a dare la stura ad un'estensione quanto più possibile ampia dello stesso, sino ad renderlo obbligatorio per tutti i lavoratori pubblici e privati.

Con argomentazioni che riguardano il requisito della straordinaria necessità ed urgenza, ma che, in relazione al 'contenuto' del *green pass*, valgono altresì sul piano della verifica della sua proporzionalità rispetto agli obiettivi che attraverso di esso si intendono perseguire, l'imminente necessità del *green pass* medesimo, e *a fortiori* della sua estensione nei termini di cui al decreto-legge n. 122 del 2021, non pare sorretta – oltretutto, evidentemente, dall'“*imminente inizio delle attività didattiche*”, che suona come confessione del non essere stata nel frattempo adeguata l'organizzazione delle scuole in guisa da evitare il diffondersi in esse della pandemia, tenuto per di più presente che nessuno studio epidemiologico sorregge la conclusione secondo cui le scuole, se sottoposte a regole di precauzione, costituiscono centri di sviluppo di focolai – dall'“*attuale contesto di rischio*”: in un Paese da tutta l'estate completamente aperto, ad eccezione, da settembre, della Sicilia, il *green pass* non entra in gioco *hic et nunc* per fronteggiare alcun rischio, potendo al più essere inteso come strumento di mitigazione in funzione di un rischio eventualmente atteso con l'avvento dell'inverno, ragione per cui, a partire dal decreto-legge 22 aprile 2021, n. 52, recante “*Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle*

<sup>7</sup> La virgola è così posta nell'originale.

*esigenze di contenimento della diffusione dell'epidemia da COVID-19*” (convertito, con modificazioni, soltanto dopo l'apposizione della questione di fiducia, dalla legge 17 giugno 2021, n. 87), v'era, e residuerebbe ancora, tutto il tempo necessario per avviare, istruire e concludere l'*iter* della discussione parlamentare.

Del resto, lo stesso stillicidio sull'estensione del *green pass* potrebbe essere considerato indice della mancanza di alcuna urgenza, in considerazione del fatto che siffatta estensione non è supportata *a priori* da studi epidemiologici volti a render conto della necessità dell'impiego del *green pass* ad opera di questo o quel settore d'attività in funzione del contenimento della pandemia, ma risponde esclusivamente ad un disegno politico perseguito dal governo.

Lungo la strada indicata, l'apoteosi sembra raggiungersi con il decreto-legge n. 127 del 2021.

Il decreto-legge n. 122 del 2021, ai sensi dell'art. 3, è entrato in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Così anche il decreto-legge n. 127 del 2021 (art. 11), il quale, tuttavia, dopo aver ravvisato sì somme necessità ed urgenza da ritornare sul *green-pass* solo undici giorni dopo il decreto-legge 122 del 2021, dando pertanto l'apparenza di dover affannosamente rincorrere un'incontenibile impellenza di intervenire per estendere il *green pass* al mondo del lavoro, sorprendentemente stabilisce che il neo-introdotta obbligo di *super green pass* per tutti i lavoratori si applica, non da subito, ma dal 15 ottobre 2021 (artt. 1, 2 e 3): talché – nonostante che il *green pass* possa essere ottenuto anche mediante un test negativo e non solo mediante una meno immediata somministrazione del vaccino – il virus – la cui “*diffusione*” il decreto medesimo ha l'espresso fine di “*prevenire*” (artt. 1 e 3) – dal 21 settembre al 15 ottobre ben può circolare, replicarsi, modificarsi.

Obiettivi, tangibili ed innegabili problemi di abuso della decretazione d'urgenza – usata dal governo come una tenaglia che si stringe sempre più attorno a chi non possiede il *green pass* perché non vaccinato – e di rispetto dell'art. 77 Cost. esigono quantomeno di essere evidenziati, attenendo non già a quisquiglie formalistiche, ma a profili di tenuta strutturale dell'ordinamento democratico, che deve dimostrare di saper reggere proprio nei momenti di crisi.

5. *Sindacabilità delle violazioni dell'art. 77 Cost.*

Il valore dell'invocata riflessione – soprattutto a misura che avesse ad approfondire il tema dei rapporti tra potestà normativa del governo ed incidenza sui diritti e le libertà dei consociati, anche in ragione della comune esperienza di ratifica da parte del parlamento dei rapporti conformati da decreti-legge non convertiti – potrebbe oltremodo apprezzarsi a fronte dei più evoluti approdi della giurisprudenza costituzionale sui decreti-legge.

Invero, la Corte costituzionale, tirando le fila di un discorso già avviato con la sentenza n. 29 del 1995, è giunta, con la n. 171 del 2007, nel torno di breve tempo richiamata e condivisa dalla n. 128 del 2008, ad ammettere lo “scrutinio di costituzionalità” sull’*“esistenza dei requisiti della straordinarietà del caso di necessità e d'urgenza, che legittimano il Governo ad adottare, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge”*, *“in quanto, secondo la nostra Costituzione, l'attribuzione della funzione legislativa al Governo ha carattere derogatorio rispetto all'essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell'ambito delle competenze dello Stato centrale”*, sebbene *“il predetto accertamento non sostituisce[a] e non si sovrappone[ga] a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione - in cui le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti - ma de[bba] svolgersi su un piano diverso, con la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali detto compito è predisposto”*, e sebbene, *“poiché la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi, il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione d'urgenza possa essere oggetto di scrutinio di costituzionalità, solo quando risulti in modo evidente”*<sup>8</sup>.

6. *Richiamo del solo “articolo 16 della Costituzione, che consente limitazioni della libertà di circolazione per ragioni sanitarie”.*

In disparte tutto quanto precede, al fine di addivenire al cuore delle brevi note che si vanno esponendo (in guisa, nondimeno, di un mero

<sup>8</sup> Mass. uff. n. 31329.

spunto di riflessione, nella piena consapevolezza della relatività di presupposti ed esiti di ogni speculazione), par degno di considerazione che gli articoli della Costituzione addotti in preambolo a base giuridica sia dal decreto-legge n. 122 del 2021 sia dal decreto-legge n. 127 del 2021 siano soltanto, oltretutto gli artt. 77 ed 87, gli artt. 32 e 117, commi secondo e terzo, e *“l'articolo 16 [...], che consente limitazioni della libertà di circolazione”* – con buona pace, ad onor del vero, della libertà di soggiorno – *“per ragioni sanitarie”*.

La formula utilizzata dai due decreti-legge è tralatticia, in quanto comune a tutta la serie dei decreti-legge sul *green pass* (dal già citato decreto-legge n. 52 del 2021, al decreto-legge n. 105 del 2021, recante *“Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l'esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche”*, al decreto-legge 6 agosto 2021, n. 111, recante *“Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti”*), ma anche ai decreti-legge precedenti (tra cui il fondamentale decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, recante: *“Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici”*, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76).

L'interrogativo, che attanaglia chi scrive, è se sia sufficiente, e corretto, l'integrale richiamo dell'art. 32 Cost., il quale proclama, al comma primo, che *“la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività [...]”*, garantendo, al comma secondo, che *“nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge[, fermo che l]a legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”*, in uno all'art. 16 Cost., il quale assicura, al comma primo, libertà di circolazione e soggiorno *“in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza”*.

All'interno di questo interrogativo non è escluso che se ne nasconda un altro, giacché ci si potrebbe finanche chiedere se sia appropriato il richiamo all'art. 16 Cost. Infatti, a rileggere la sentenza n. 68 del 1964 della Corte costituzionale, là dove scrive che *“i motivi di sanità o di sicurezza possono nascere da situazioni generali o particolari. Ci può essere la necessità di vietare l'accesso a località infette o pericolanti o di ordinarne lo sgombero; e queste sono ragioni - non le uniche - di carattere generale, obiettivamente accertabili e valevoli per tutti. Ma i motivi di sanità e di sicurezza possono anche derivare, e*

*più frequentemente derivano, da esigenze che si riferiscono a casi individuali, accertabili dietro valutazioni di carattere personale. Si pensi alla necessità di isolare individui affetti da malattie contagiose o alla necessità di prevenire i pericoli che singoli individui possono produrre rispetto alla sicurezza pubblica*”, sembra di potersi affermare che le limitazioni dell’art. 16 Cost. debbano necessariamente attenersi, direttamente o indirettamente, ai luoghi, e non alle persone, se non in funzione di una pericolosità, per la sanità o la sicurezza, che ne impedisca l’accesso ad un determinato luogo o che ne giustifichi la permanenza in un altro determinato luogo.

In una simile prospettiva, la circostanza che chi non ha il *green pass* – e che non per ciò è pericoloso per la sanità, perché può essere sano o portatore asintomatico come chi lo ha – non sia abilitato ad accedere a luoghi, ma anche ad attività e servizi, indipendentemente dalla localizzazione di detti luoghi e dall’ubicazione di dette attività e servizi, apre ad un’interpretazione in forza della quale le limitazioni possono ritenersi correlate alla qualità personale di essere o meno in regola con la certificazione, anziché ad indici di pericolosità afferenti a luoghi o anche a persone, in rapporto però a certi luoghi.

Donde, a misura che abbia a condividersi la conclusione della Corte costituzionale – secondo cui *“la formula ‘stabilisce in via generale’ altro non è che una particolare e solenne riaffermazione del principio posto nell’art. 3 della Costituzione, come lo è nell’art. 21, ultimo comma, della stessa Costituzione”* – potrebbe apparire non estemporaneo un sospetto di illegittimità costituzionale del *green pass* sotto il profilo che ne occupa.

#### 7. *Green pass europeo: nascita, ratio, disciplina.*

Il *green pass* nasce nell’ordinamento europeo, con il regolamento (UE) 2021/953 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021 e con quello parallelo (UE) 2021/954 relativamente ai cittadini di Paesi terzi che si trovino o soggiornino legalmente negli Stati membri e siano autorizzati a viaggiare all’interno dell’Unione.

Il *green pass* introdotto dal regolamento (UE) 2021/953, che per comodità si conviene di chiamare *green pass* europeo, è profondamente diverso da quello disciplinato dalle fonti interne, che per comodità si conviene di chiamare *green pass* italiano.

Invero il *green pass* europeo, come reso evidente dal titolo del regolamento (UE) 2021/953, è finalizzato ad *“agevolare la libera*

*circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19". Siffatta finalità emerge con chiarezza a misura che si legga l'articolo alla luce del "Considerando".*

Il punto 3 del *Considerando* individua la premessa dell'intervento dell'Unione in funzione della constatazione che *"per limitare la diffusione del SARS-CoV-2 gli Stati membri hanno adottato alcune misure che hanno inciso sull'esercizio da parte dei cittadini dell'Unione del loro diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, quali restrizioni all'ingresso o l'obbligo per i viaggiatori transfrontalieri di sottoporsi a quarantena o ad autoisolamento o a un test per l'infezione da SARS-CoV-2"*. Su tale premessa si innesta l'affermazione, di cui al punto 7, che, *"in base alle evidenze mediche attuali e tuttora in evoluzione, le persone vaccinate o che hanno avuto di recente un risultato negativo a un test per la COVID-19 e le persone che sono guarite dalla COVID-19 nei sei mesi precedenti sembrano comportare un rischio ridotto di contagiare altre persone con il SARS-CoV-2. La libera circolazione delle persone che, secondo solidi dati scientifici, non costituiscono un rischio significativo per la salute pubblica, per esempio perché sono immuni da SARS-CoV-2 e non possono trasmetterlo, non dovrebbe essere soggetta a restrizioni, poiché queste ultime non sarebbero necessarie a conseguire l'obiettivo di tutelare la salute pubblica. Qualora la situazione epidemiologica lo consenta, tali persone non dovrebbero essere soggette a restrizioni aggiuntive alla libera circolazione connesse alla pandemia di COVID-19, come i test per motivi di viaggio per l'infezione da SARS-CoV-2 o la quarantena o l'autoisolamento per motivi di viaggio, a meno che tali restrizioni aggiuntive, sulla base degli ultimi dati scientifici a disposizione e in linea con il principio di precauzione, non siano necessarie e proporzionate allo scopo di tutelare la salute pubblica e non siano discriminatorie"*.

In relazione a questo punto 7, ci si permette, incidentalmente, di evidenziare che il presupposto secondo cui *"la libera circolazione delle persone [...] non dovrebbe essere soggetta a restrizioni"* è agganciata al fatto che le stesse, *"secondo solidi dati scientifici, non costituiscono un rischio significativo per la salute pubblica, per esempio perché sono immuni da SARS-CoV-2 e non possono trasmetterlo"*: evidentemente si apre qui uno spazio di discussione in ordine all'effettiva individuazione di persone che *"sono immuni da SARS-CoV-2 e non possono trasmetterlo"*, al tempo di tale loro condizione ed all'effettiva possibilità di acquisirne contezza.

Tornando al tema principale, alla luce della premessa e dell'affermazione che si sono riportate, centrali si apprezzano i punti 11 e 21.

Il punto 11 tira per così dire le somme del discorso, sottolineando che *“il presente regolamento è inteso a facilitare l'applicazione dei principi di proporzionalità e di non discriminazione per quanto riguarda le restrizioni alla libera circolazione durante la pandemia di COVID-19, perseguendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute pubblica. Esso non dovrebbe essere inteso come un'agevolazione o un incentivo all'adozione di restrizioni alla libera circolazione o di restrizioni ad altri diritti fondamentali, in risposta alla pandemia di COVID-19, visti i loro effetti negativi sui cittadini e le imprese dell'Unione. La verifica dei certificati che costituiscono il certificato COVID digitale dell'UE non dovrebbe comportare ulteriori restrizioni alla libertà di circolazione all'interno dell'Unione o restrizioni ai viaggi all'interno dello spazio Schengen. È opportuno che continuino ad applicarsi le esenzioni dalle restrizioni della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19 previste dalla raccomandazione (UE) 2020/1475 e si dovrebbe tenere conto della situazione specifica delle comunità transfrontaliere che sono state particolarmente colpite da tali restrizioni. Allo stesso tempo, grazie al quadro del 'certificato COVID digitale dell'UE' i certificati interoperabili saranno disponibili anche per i viaggiatori aventi una funzione o una necessità essenziale”*.

Talché il regolamento (UE) 2021/953

- si propone come strumento di facilitazione, e non di compressione, dei *“principi di proporzionalità e di non discriminazione”*;
- prende espressamente le distanze dall'essere impiegato come viatico per l'*“adozione di restrizioni alla libera circolazione o di restrizioni ad altri diritti fondamentali, in risposta alla pandemia di COVID-19, visti i loro effetti negativi sui cittadini e le imprese dell'Unione”*;
- e non vuole impattare sulle *“esenzioni dalle restrizioni della libertà di circolazione in risposta alla pandemia di COVID-19 previste dalla raccomandazione (UE) 2020/1475”*.

Esenzioni di cui è cenno al punto 4, laddove è precisato che *“la raccomandazione sottolinea che i viaggiatori aventi una funzione o una necessità essenziale, elencati al punto 19 della raccomandazione, e quelli che vivono in regioni frontaliere e che attraversano la frontiera frequentemente per motivi di lavoro, affari, istruzione, famiglia, cure mediche o per prestare assistenza, particolarmente colpiti da tali restrizioni nella loro vita quotidiana, soprattutto quelli che esercitano funzioni critiche o essenziali per le infrastrutture critiche, dovrebbero in generale essere esentati dalle restrizioni di viaggio legate alla pandemia di COVID-19”*:

doendosi tener presente che, a termini dell'art. 19 della Raccomandazione, *“i viaggiatori aventi una funzione o una necessità essenziale non dovrebbero, nell'esercizio di tale funzione essenziale, essere tenuti a sottoporsi a quarantena, in particolare: a) i lavoratori subordinati o autonomi che esercitano professioni critiche, compresi gli operatori sanitari, i lavoratori transfrontalieri, i lavoratori distaccati e i lavoratori stagionali di cui agli orientamenti relativi all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori durante la pandemia di COVID-19; b) i lavoratori del settore dei trasporti o i fornitori di servizi di trasporto, compresi i conducenti di veicoli che trasportano merci destinate al territorio e quelli che si limitano a transitare; c) i pazienti che viaggiano per motivi sanitari imperativi; d) gli alunni, gli studenti e i tirocinanti che si recano quotidianamente all'estero; e) le persone che viaggiano per motivi familiari o professionali imperativi; f) i diplomatici, il personale delle organizzazioni internazionali e le persone invitate dalle organizzazioni internazionali la cui presenza fisica è necessaria per il buon funzionamento di tali organizzazioni, il personale militare e i funzionari di polizia nonché gli operatori umanitari e della protezione civile nell'esercizio delle proprie funzioni; g) i passeggeri in transito; h) i marittimi; i) i giornalisti nell'esercizio delle loro funzioni”*.

A mente del punto 11 del Considerando del regolamento (UE) 2021/953, la centralità del punto 21 emerge a misura che si consideri come esso ponga sullo stesso piano vaccini e test, entrambi abilitanti al *green pass* europeo, stabilendo che *“l'accesso universale, tempestivo e a prezzi abbordabili ai vaccini anti COVID-19 e ai test per l'infezione da SARS-CoV-2, che sono alla base del rilascio dei certificati che costituiscono il certificato COVID digitale dell'UE, è fondamentale nella lotta contro la pandemia di COVID-19 ed essenziale per ripristinare la libertà di circolazione all'interno dell'Unione”* ed aggiungendo che, *“per facilitare gli spostamenti, gli Stati membri sono incoraggiati a garantire possibilità di test accessibili e ampiamente disponibili, tenendo conto del fatto che tutta la popolazione non avrebbe la possibilità di essere vaccinata prima della data di applicazione del presente regolamento”*.

L'assenza di subordinazione dei test ai vaccini, ed anzi l'intendimento dei primi in termini di complementarietà rispetto ai secondi, è ribadita anche al punto 41, secondo cui *“il ricorso a test antigenici rapidi consentirebbe di facilitare il rilascio di certificati di test in modo economicamente conveniente. L'accesso universale, tempestivo ed economicamente conveniente ai vaccini anti COVID-19 e ai test per l'infezione da SARS-CoV-2, alla base del rilascio dei certificati che costituiscono il certificato COVID digitale dell'UE, è essenziale ai fini della lotta contro la pandemia di COVID-19 [...]”*.

Nel quadro che precede, si coglie l'importanza dell'ormai famoso punto 36 del *Considerando*, oggetto di una non encomiabile traversia nella traduzione in italiano<sup>9</sup>, dal momento che, nella versione originaria del regolamento (UE) 2021/953, esso riduttivamente recitava: *“È necessario evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate, per esempio per motivi medici, perché non rientrano nel gruppo di destinatari per cui il vaccino anti COVID-19 è attualmente somministrato o consentito, come i bambini, o perché non hanno ancora avuto l'opportunità di essere vaccinate. Pertanto ...”*, essendo occorsa un'inusuale rettifica<sup>10</sup>, non già per correggere la traduzione, ma per aggiungere un piccolo particolare mancante: *“È necessario evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate, per esempio per motivi medici, perché non rientrano nel gruppo di destinatari per cui il vaccino anti COVID-19 è attualmente somministrato o consentito, come i bambini, o perché non hanno ancora avuto l'opportunità di essere vaccinate o hanno scelto di non essere vaccinate. Pertanto ...”*.

#### 8. Conclusioni sul green pass europeo.

Tirando le fila di tutto quanto precede, il regolamento (UE) 2021/953 – laddove, ai paragrafi 2 e 3 dell'art. 3, statuisce, rispettivamente, che *“il possesso dei certificati di cui al paragrafo 1 [ossia del green pass europeo] non costituisce una condizione preliminare per l'esercizio del diritto di libera circolazione”* e che *“il rilascio di certificati a norma del paragrafo 1 del presente articolo non comporta una discriminazione basata sul possesso di una specifica categoria di certificato di cui agli articoli 5, 6 o 7 [che indicano i certificati abilitanti al rilascio del green pass per vaccinazione, test e guarigione da Covid-19]”* – si atteggia a strumento di facilitazione e promovimento della libertà di circolazione a fronte di limitazioni attuali applicate dagli Stati membri nei confronti della generalità degli interessati, in guisa da consentire a costoro di esercitare detta libertà più agevolmente, senza sottoporsi ad ulteriori controlli, a quarantena o ad affidamento fiduciario.

In definitiva, l'ottica di sistema in cui si pone il *green pass* europeo è – e non potrebbe essere diversamente – che la libertà (nella specie) di

<sup>9</sup> ... di cui rende, con pacatezza e moderazione, argomentatamente conto Paolo Sceusa nel video reperibile al seguente indirizzo: <https://www.nicolaporro.it/green-pass-il-duro-appello-del-magistrato-ce-un-neo-totalitarismo>.

<sup>10</sup> Pubblicata in GUCE, 5 luglio 2021.

circolazione è la regola; le limitazioni, ove già di per sé legittime, rappresentano un impedimento o comunque un restringimento al suo esercizio; ed il *green pass* è uno strumento non discriminatorio, in specie nei confronti dei non vaccinati, che aiuta a superare tali limitazioni, sulle quali non interferisce (al punto tale da esser richiamata l'esigenza che si seguitino ad applicare le esenzioni dalle limitazione già previste).

9. *Green pass italiano: differente ratio rispetto a quello europeo e conseguenti criticità.*

Ben diverso, al netto di giudizi di valore e *a fortiori* politici, è il *green pass* italiano, ossia quello realizzato in Italia per effetto della sequela dei decreti-legge che si sono richiamati.

Invero, il *green pass* italiano presenta peculiari caratteristiche.

Da un punto di vista di obiettiva osservazione della realtà, esso è dichiaratamente utilizzato come fattore compulsorio della vaccinazione<sup>11</sup>.

Significativo, in proposito, è come la Sezione Terza del Consiglio di Stato, nell'ordinanza addì 16 settembre 2021, n. 5130, con la quale ha respinto l'appello cautelare avverso il provvedimento reiettivo della richiesta di integrale sospensione dell'efficacia del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 17 giugno 2021, contenente disposizioni attuative dell'articolo 9, comma 10, d.l. n. 52 del 2021, di cui era denunciato il contrasto con la disciplina dell'Unione e con la Costituzione, in relazione particolarmente alla protezione dei dati personali sanitari, evidenzi, “con riferimento al piano valutativo del periculum

<sup>11</sup> In relazione all'incontro del 15 settembre 2021 del presidente del consiglio e di taluni ministri con i sindacati in vista dell'approvazione del cd. *super green pass*, ossia del *green pass* esteso per tutti i lavoratori, sia del settore pubblico che del settore privato, parrebbe che, a fronte dell'osservazione di chi ha lamentato prezzi troppo alti per i test, proponendone la “gratuità finché dura l'emergenza, fino al 31 dicembre”, “la reazione di Draghi [sia] stata netta e [abbia] gelato tutti: ‘La vostra proposta è inopportuna, non è questo il momento di sperimentare, ma di spingere la vaccinazione. Il green pass funziona, è monitorato, è una soluzione accomodante’” (Green pass, obbligo lavoratori: Draghi gela tutti sui tamponi gratis, in <https://notizie.virgilio.it/green-pass-verso-obbligo-per-tutti-lavoratori-ultime-1499903>, che riferisce altresì avere il ministro del lavoro, “come riporta l'Ansa”, “dichiarato: ‘Sicuramente ci sarà un'estensione dell'utilizzo del Green Pass. Sulle modalità e i tempi discuteremo nelle prossime ore’. Per Orlando si potrà ‘calmierare i prezzi dei tamponi’ ma osserva che ‘non è giusto che la fiscalità generale intervenga a cancellare un costo che deriva da una scelta’”).

in mora inteso a soppesare comparativamente il danno lamentato dalla parte richiedente la tutela cautelare, da un lato, e l'interesse che l'Amministrazione ha inteso perseguire mediante il provvedimento impugnato, dall'altro lato, che il depotenziamento degli strumenti (quali, appunto, quello incentrato sull'utilizzo del cd. *Green pass*) destinati ad operare in modo coordinato, anche al fine di garantirne l'efficacia sul piano della regolazione delle interazioni sociali (con particolare riguardo ai contatti tra soggetti vaccinati, o altrimenti immunizzati, e soggetti non vaccinati), con la campagna vaccinale in corso, il quale non potrebbe non conseguire all'accoglimento della proposta domanda cautelare, determinerebbe un vuoto regolativo foriero, nell'attuale fase non del tutto superata di emergenza pandemica, di conseguenze non prevedibili sul piano della salvaguardia della salute dei cittadini, la grande maggioranza dei quali, peraltro, ha aderito alla proposta vaccinale e ha comunque ottenuto la certificazione verde".

Valutando le possibili criticità dischiuse da un tale utilizzo del *green pass*, le principali sono due.

Da un lato, rispetto alle tre fattispecie che danno diritto al conseguimento del *green pass*, comuni sia alla declinazione europea sia a quella italiana<sup>12</sup>, il *green pass* italiano introduce una differenziazione tra vaccinazione e test, prediligendo la prima, offerta massivamente e gratuitamente, rispetto, ai secondi, l'accesso ai quali è oneroso (non minimamente, nonostante la calmierazione dei prezzi), macchinoso (anche per via della durata assai limitata della loro efficacia, pari, per i più comuni tamponi rapidi, soltanto a quarantotto ore, ai sensi dell'art. 9, comma 5, d.l. n. 52 del 2021) ed ancora insufficiente pur dopo il potenziamento di cui all'art. 4 l. n. 127 del 2021 (tenuto conto che, in assenza di un servizio di offerta pubblico, quello privato, che si è ritenuto di coinvolgere per supplirvi, sconta un'obiettivo limitatezza di giorni ed orari in cui è possibile eseguire i test ed un'effettiva esiguità di farmacie che si sono dotate di personale medico od infermieristico per eseguirli, a prezzi calmierati o meno).

Dall'altro lato, l'appiattimento del *green pass* italiano sulla vaccinazione attrae al primo l'accusa di fungere da *escamotage* per

<sup>12</sup> ... la quale, nondimeno, all'art. 9, comma 2, lett. c-bis), d.l. n. 52 del 2021, ne ha aggiunto – giusta l'art. 5, comma 1, lett. b), d.l. n. 127 del 2021 – una quarta, corrispondente all'“*avvenuta guarigione dopo la somministrazione della prima dose di vaccino o al termine del prescritto ciclo*”.

costringere surrettiziamente ad una vaccinazione non obbligatoria, sulla quale non tutte le perplessità sono dissolte.

Sommariamente, tali perplessità – per vero già giunte all’attenzione del giudice amministrativo di merito, il quale ha osservato che *“nell’ambito di una disciplina caratterizzata, per il suo stesso statuto epistemologico, da un ineliminabile margine di incertezza, il giudice non può essere chiamato a ‘pesare’ e valutare ogni singola opinione o fonte informativa, né avrebbe il potere e la competenza per farlo, ma deve fondare il proprio convincimento sulle informazioni ufficiali, veicolate dalle competenti autorità pubbliche, nello specifico l’Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) e l’Istituto Superiore di Sanità (ISS)”*<sup>13</sup> – possono così riassumersi:

- in primo luogo – per svariate ragioni, che, alla luce degli argomenti e dell’autorevolezza delle fonti, si presume, al di là di vivaci toni contrari<sup>14</sup>, possedere una loro dignità scientifica – hanno avanzato dubbi sulla vaccinazione di massa, in specie con sieri a tecnologia m-RNA, studiosi di riconosciuta (ma *ante* Covid) chiara fama<sup>15</sup>;
- in secondo luogo, i sieri allo stato di maggiore inoculazione hanno ricevuto un’autorizzazione all’immissione in commercio sicuramente assai contratta nei tempi<sup>16</sup> e viepiù

<sup>13</sup> T.A.R. Trieste, 8 settembre 2021, par. 8.2, pp. 5 e 6.

<sup>14</sup> Cfr. la notizia del 24 agosto 2021 pubblicata, tra l’altro, in <https://www.liberoquotidiano.it/news/personaggi/28416418/matteo-bassetti-bufale-nobel-montagnier-vaccini-rincog-di-cosa-soffre.html>.

<sup>15</sup> Ci riferisce al medico, biologo e virologo francese Luc Montagnier, premio Nobel per la medicina nel 2008, che, in un’intervista ad un’emittente italiana, ha spiegato di non essere affatto contrario ai vaccini, ma di essere perplesso sull’impiego, in particolare, di quelli a tecnologia m-RNA, oggetto di sperimentazione eccessivamente breve (il testo dell’intervista è reperibile all’indirizzo <https://qds.it/covid-montagnier-vaccini-intervista>, mentre il video all’indirizzo [https://www.mediasetplay.mediaset.it/article/mediasetplay/fuoridalcoro/luc-montagnier-non-sono-contrario-ai-vaccini\\_SE000000000632\\_a26683](https://www.mediasetplay.mediaset.it/article/mediasetplay/fuoridalcoro/luc-montagnier-non-sono-contrario-ai-vaccini_SE000000000632_a26683)). Anche Robert Malone, virologo ed immunologo americano, definito il padre della tecnologia m-RNA applicata ai vaccini, si dice preoccupato per gli effetti collaterali dei vaccini che la impiegano (cfr., per l’articolata serie di argomenti biologici e medici che adduce, l’indirizzo <https://ippocrateorg.org/2021/08/24/irina-boutourline-di-ippocrateorg-intervista-il-dr-robert-malone>).

<sup>16</sup> Cfr., tra i più recenti, lo studio, tutt’altro che incline a propugnare posizioni contrarie alla vaccinazione, pubblicato il 21 settembre 2021 da SILVESTRI C.-STASI C., *Nuovo coronavirus: il punto sui vaccini in sperimentazione*, in <https://www.ars.toscana.it/2-articoli/4408-nuovo-coronavirus-vaccini-in-sperimentazione.html>, par. “Come funziona la

---

*sperimentazione clinica di un vaccino*”: “Inizialmente la ricerca ha inizio con la valutazione in vitro delle componenti dell’agente che andrà a costituire la componente attiva del vaccino. Una volta definito questo aspetto ha inizio la cosiddetta fase preclinica in cui viene testata la risposta immunitaria e/o i meccanismi avversi su organismi viventi complessi non umani. Superata questa fase ha inizio la vera e propria sperimentazione clinica sull’uomo, che normalmente inizia dopo circa 2-5 anni dalle iniziali ricerche sulla risposta immunitaria, cui seguono altri 2 anni di prove pre-cliniche che coinvolgono la sperimentazione animale. La sperimentazione clinica si realizza in 3 fasi, in base al modello sperimentale adottato, la quantità di componente somministrata e la numerosità del campione di popolazione coinvolta:

Fase I: prima somministrazione del vaccino sull’uomo per valutare la tollerabilità e la sicurezza del prodotto (il numero dei soggetti coinvolti è molto ridotto)

Fase II: se la fase I ha mostrato risultati positivi, il vaccino viene somministrato ad un numero maggiore di soggetti (sempre esiguo) per valutare la risposta immunitaria prodotta, la tollerabilità, la sicurezza e definire le dosi e i protocolli di somministrazione più adeguati.

Fase III: se la fase II ha mostrato risultati soddisfacenti, il vaccino viene somministrato a un numero elevato di persone allo scopo di valutare la reale funzione preventiva del vaccino.

Fase IV: gli studi di fase IV iniziano dopo che il vaccino è stato approvato per l’immissione in commercio, infatti vengono chiamati anche studi sulla ‘sorveglianza post marketing’. Tali studi vengono condotti per valutare in maniera continuativa nel breve e nel lungo termine la sicurezza e l’efficacia dei vaccini nella pratica clinica.

Se le fasi I, II, III hanno dato esito positivo, il vaccino viene registrato e si procede alla produzione e distribuzione su larga scala.

Lo sviluppo del vaccino è un processo lungo, che normalmente richiede anni e numerosi investimenti economici. I trial clinici richiedono molti test su migliaia di persone e normalmente iniziano dopo circa 2-5 anni dalle iniziali ricerche sulla risposta immunitaria, cui seguono altri due anni di prove precliniche che coinvolgono la sperimentazione animale. Se il vaccino risulta sicuro ed efficace, deve poi rispondere a tutti i requisiti regolatori e ottenere l’approvazione. Nell’attuale emergenza, è stato proposto un periodo di tempo più ristretto compreso tra 12 e 18 mesi, con team di esperti di tutto il mondo che lavorano per aumentare la velocità per trovare un candidato efficace”.

Alla domanda “Come è stato possibile sviluppare così rapidamente vaccini contro la COVID-19?”, l’Istituto Superiore di Sanità (in <https://www.epicentro.iss.it/vaccini/covid-19-sviluppo-valutazione-approvazione>) spiega che, in relazione ai vaccini anti-Covid, “nessuna tappa del processo è venuta meno, grazie al concorso di diversi fattori:

- ricerche già condotte in passato sulla tecnologia a RNA messaggero (mRNA)
- studi sui coronavirus umani correlati al SARS-CoV-2, per esempio quelli che hanno provocato SARS (Severe acute respiratory syndrome) e MERS (Middle East respiratory syndrome)
- ingenti risorse umane ed economiche messe a disposizione in tempi stretti
- conduzione parallela delle varie fasi di valutazione e di studio
- produzione del vaccino parallelamente agli studi e al processo di autorizzazione
- ottimizzazione della parte burocratica/amministrativa
- valutazione da parte delle agenzie regolatorie dei risultati ottenuti, man mano che questi venivano prodotti (rolling review) e non, come generalmente si usa fare, solo dopo il completamento di tutti gli studi”.

condizionata<sup>17</sup>;

- in terzo luogo, l'esistenza di un'area di rischio non minima e, quel che più conta, neppure nota nelle sue reali dimensioni<sup>18</sup>, potrebbe ritenersi – in un quadro in cui l'art. 3 d.l. n. 44 del 2021 ha esentato il personale sanitario da responsabilità penale da somministrazione

---

In disparte la presa d'atto che la “*produzione del vaccino*” è stata avviata “*parallelamente agli studi e al processo di autorizzazione*”, quel che cattura l'attenzione è che la sperimentazione non sembra essere avvenuta (salvo fraintendimenti) direttamente *in re*, ossia mediante il metodo sperimentale-osservazionale, ma basandosi su ricerche e studi già condotti in ordine rispettivamente alla tecnologia che impiega l'mRNA ed ai coronavirus umani.

Tali profili non sembrano presi in considerazione da T.A.R. Trieste, 8 settembre 2021, par. 10.2: “[...] *l'autorizzazione si colloca a valle delle usuali fasi di sperimentazione clinica che precedono l'immissione in commercio di un qualsiasi farmaco, senza alcun impatto negativo sulla completezza e sulla qualità dell'iter di studio e ricerca. Al contrario, la ricerca del vaccino contro il Covid-19, divenuta una priorità assoluta per tutte le potenze mondiali, ha potuto beneficiare di ingenti risorse umane ed economiche, di procedure valutative rapide e ottimizzate (c.d. rolling review), della partecipazione di un elevatissimo numero di volontari 'circa dieci volte superiore a quello di studi analoghi per lo sviluppo di altri vaccini' (si vedano le FAQ dell'Aifa, prodotte sub doc. 7 dall'amministrazione)*”.

<sup>17</sup> Segnatamente, con riguardo al più diffuso dei sieri in Italia – alla stregua di quanto emerge dall'allegato alla determina dell'Agenzia italiana del farmaco in data 23 dicembre 2020 (reperibile all'indirizzo [https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1281388/DETERMINA\\_154-2020\\_COMIRNATY.pdf](https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1281388/DETERMINA_154-2020_COMIRNATY.pdf)) – “*per confermare l'efficacia e la sicurezza di 'Comirnaty', il titolare dell'autorizzazione all'immissione in commercio deve fornire la relazione finale sullo studio clinico relativa allo studio C4591001 randomizzato, controllato verso placebo, in cieco per l'osservatore*”, è indicata la seguente “*tempistica*”: “*il termine è previsto per dicembre 2023*”.

<sup>18</sup> Seguitando a prendere ad esempio il siero più diffuso in Italia, talune reazioni avverse sono state “*determinat[e]*” solo “*successivamente all'autorizzazione all'immissione in commercio*” (cfr. [https://www.ema.europa.eu/en/documents/product-information/comirnaty-epar-product-information\\_it.pdf](https://www.ema.europa.eu/en/documents/product-information/comirnaty-epar-product-information_it.pdf), pp. 6 e 7, tab. 1, da porre in correlazione con il foglio illustrativo aggiornato, p. 30, in [https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer\\_005389\\_049269\\_FI.pdf&sys=m0b1l3](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_005389_049269_FI.pdf&sys=m0b1l3)). Anche in relazione ad altro siero tecnologicamente paragonabile al precedente, un'ultima notizia rende conto – citando una fonte ufficiale – di un'evoluzione delle reazioni avverse (cfr. Adnkronos, *Vaccino Moderna, Ema: "Ipotesi più rischi per cuore dopo seconda dose"*, in [https://www.adnkronos.com/vaccino-moderna-ema-piu-rischi-per-cuore-dopo-seconda-dose\\_49HciJ oaElb 0OvmdKcGsX?refresh\\_ce](https://www.adnkronos.com/vaccino-moderna-ema-piu-rischi-per-cuore-dopo-seconda-dose_49HciJ oaElb 0OvmdKcGsX?refresh_ce)). Ad ogni modo, i fogli illustrativi di tutti i vaccini possono essere consultati agli indirizzi indicati in bibliografia.

del vaccino anti-SARS-CoV-2<sup>19</sup> – gravosamente addossata a chi richiede la somministrazione del siero (‘soggetto debole’ in una concettualizzazione mutuata dalla contrattualistica dei consumatori), il quale è indotto a sottoscrivere un consenso (per vero sbrigativamente) informato<sup>20</sup> pur di riappropriarsi delle proprie

<sup>19</sup> Si riporta l’art. 3 in questione, rubricato “Responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2”: “1. Per i fatti di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale verificatisi a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all’articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, la punibilità è esclusa quando l’uso del vaccino è conforme alle indicazioni contenute nel provvedimento di autorizzazione all’immissione in commercio emesso dalle competenti autorità e alle circolari pubblicate nel sito Internet istituzionale del Ministero della salute relative alle attività di vaccinazione”.

<sup>20</sup> I problemi posti dal consenso informato, che deve essere puntuale e completo, sono, in generale, assai gravi.

Sul versante del diritto penale, con calzante riferimento al “tema d[elle] lesioni colpose provocate dalla somministrazione di farmaci”, Sez. 4, n. 32423 del 08/05/2008, G., Rv. 241003-01, ha affermato che, “ai fini della sussistenza del consenso informato[,] non basta comunicare al paziente il nome del prodotto che gli sarà somministrato accompagnato da generiche informazioni, occorrendo indicare gli eventuali effetti negativi della somministrazione, in modo da consentire una congrua valutazione del rapporto costi-benefici del trattamento, che tenga conto anche delle possibili conseguenze negative”.

Non dissimile l’avviso espresso, un anno dopo, dalla S.C. in sede civile. Invero, secondo, Sez. 3, n. 10741 del 11/05/2009, A. c. P. (Rv. 608390 - 01), “nel caso in cui ad una gestante siano stati somministrati senza adeguata informazione farmaci che abbiano provocato malformazioni al concepito, la violazione dell’obbligo d’informazione da parte dei sanitari dà luogo al risarcimento del danno in favore sia della gestante-madre che del concepito, una volta che quest’ultimo sia venuto ad esistenza, [...] in relazione all’inosservanza del principio del c.d. consenso informato” (la massima prosegue rilevando come “non po[ssa] invece ravvisarsi a carico dei sanitari una responsabilità nei confronti del concepito perché la madre non è stata posta in condizione di esercitare il diritto all’interruzione volontaria della gravidanza, non essendo configurabile nel nostro ordinamento un diritto ‘a non nascere se non sano’, in quanto le norme che disciplinano l’interruzione della gravidanza la ammettono nei soli casi in cui la prosecuzione della stessa o il parto comportino un grave pericolo per la salute o la vita della donna, legittimando pertanto la sola madre ad agire per il risarcimento dei danni”).

I principi che ne occupano corrispondono a quello sancito, nel conterminare ambito medico-chirurgico, in un caso di rilievo penale, da Sez. 4, n. 11335 del 16/01/2008, P.C. in proc. H., Rv. 238968-01, a termini della quale “il consenso espresso da parte del paziente a seguito di una informazione completa sugli effetti e le possibili controindicazioni di un intervento chirurgico, è vero e proprio presupposto di liceità dell’attività del medico che somministra il trattamento, al quale non è attribuibile un generale diritto di curare a prescindere dalla volontà dell’ammalato”.

libertà, inducendosi a dichiarare la propria consapevolezza<sup>21</sup> di possibili sviluppi futuri avversi e conseguentemente ad accettarli<sup>22</sup>.

Quanto precede, in difetto di approfondimenti sul cd. rapporto costi-benefici in ragione di una suddivisione per età della popolazione, che analizzino in particolar modo la condizione delle fasce via via più giovani, ed in presenza invece di conferme ormai ricevute che i vaccinati non sono immuni dal contagio e possono trasmetterlo, tanto che anche per i vaccinati positivi è prevista la quarantena obbligatoria<sup>23</sup>, solleva opinabili, ma legittime, perplessità sulla vaccinazione, che acquiscono quelle su come il *green pass* è pensato, realizzato e concretamente attuato in Italia.

#### 10. *Valenza obbligatoria del green pass italiano.*

Proprio in conseguenza di quanto precede, da un punto di vista formale, che tuttavia si compenetra, come subito sarà chiaro, con un punto di vista sostanziale, il *green pass* italiano assume le sembianze di elemento condizionante l'accesso a luoghi, eventi ed attività, anche non disimpegnate o ricreative ed anzi coincidenti con l'espletamento quotidiano delle mansioni lavorative.

In tal guisa, il *green pass* assume la valenza di un obbligo, viepiù sanzionato.

Depone chiaramente in tal senso la lettera stessa dei testi normativi.

---

<sup>21</sup> Cfr., ad es., [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pagineAree\\_5452\\_26\\_file.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_5452_26_file.pdf).

<sup>22</sup> In argomento, un certo qual interesse – sul versante, però, della vaccinazione obbligatoria – riveste il richiamo a C. cost. n. 307 del 1990, mass. uff. n. 15629, secondo cui “*tutte le volte che le concrete forme di attuazione della legge impositiva di un trattamento sanitario o di esecuzione materiale del detto trattamento non siano accompagnate dalle dovute cautele e modalità - tra cui la comunicazione, all'interessato o a chi lo assiste, di adeguate informazioni circa i rischi verificabili e le precauzioni da adottare - il danno alla salute che ne deriva è oggetto della tutela risarcitoria ex art. 2043 cod. civ., la quale prescinde dalla ricorrenza di un danno patrimoniale quando, come nel caso, la lesione incida sul contenuto di un diritto fondamentale*”.

<sup>23</sup> Cfr. la circolare del Ministero della Salute 11 agosto 2021, n. 36254, intitolata “*Aggiornamento sulle misure di quarantena e di isolamento raccomandate alla luce della circolazione delle nuove varianti SARS-CoV-2 in Italia ed in particolare della diffusione della variante Delta*” in <https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2021&codLeg=82276&parte=1%20&serie=null>.

Sia sufficiente richiamare l'art. 9-bis d.l. n. 52 del 2021, il quale, al comma 1, afferma che, *“a far data dal 6 agosto 2021, è consentito in zona bianca esclusivamente ai soggetti muniti di una delle certificazioni verdi COVID-19, di cui all'articolo 9, comma 2, l'accesso ai seguenti servizi e attività [...]”*, ragionando, al comma 3, di inapplicabilità di siffatta limitazione *“ai soggetti esclusi per età dalla campagna vaccinale e ai soggetti esenti sulla base di idonea certificazione medica [...]”*.

Sull'art 9-bis è modellato l'art. 9-quater.

Ancor più suggestivi sono l'art. 9-ter ed il novello art. 9-ter.1.

Ad esempio, l'art. 9-ter, al comma 1, prescrive che *“dal 1° settembre 2021 e fino al 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza [...], tutto il personale scolastico del sistema nazionale di istruzione e universitario, nonché gli studenti universitari, devono possedere e sono tenuti a esibire la certificazione verde COVID-19 di cui all'articolo 9, comma 2”*, prevedendo, al comma 5, che *“la violazione delle disposizioni di cui ai commi 1 e 4 è sanzionata ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35 [...]”*.

Di vero e proprio obbligo, letteralmente *“punito”* con sanzioni irrogate dal Prefetto, *in fine*, parlano gli artt. art. 1 e 3 d.l. n. 127 del 2021.

Valga il vero.

L'art. 1, ad esempio, introduce nel d.l. n. 52 del 2021 l'art. 9-quinquies, relativo all'impiego pubblico, cui fa da pendant l'art. 9-septies, relativo all'impiego privato.

Il comma 1 dell'art. 9-quinquies recita: *“Dal 15 ottobre 2021 e [sic] fino al 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2, al personale delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, al personale di cui all'articolo 3 del predetto decreto legislativo, al personale delle Autorità amministrative indipendenti, ivi comprese la Commissione nazionale per la società e la borsa e la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, della Banca d'Italia, nonché degli enti pubblici economici e degli organi di rilievo costituzionale, ai fini dell'accesso ai luoghi di lavoro, nell'ambito del territorio nazionale, in cui il predetto personale svolge l'attività lavorativa, è fatto obbligo di possedere e di esibire, su richiesta, la certificazione verde COVID-19 di cui all'articolo 9, comma 2 [...]”*.

La sanzione 'punitiva' è prevista dai commi 6 e 7.

Ai sensi del comma 6, *“il personale di cui al comma 1, nel caso in cui comunichi di non essere in possesso della certificazione verde COVID-19 o qualora risulti privo della predetta certificazione al momento dell'accesso al luogo di lavoro, al fine di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori nel luogo di lavoro, è”* – bensì – *“considerato assente ingiustificato fino alla presentazione della predetta certificazione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro”*; tuttavia, poiché il rapporto di lavoro non è sospeso, *“per i giorni di assenza ingiustificata di cui al primo periodo non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati”*.

Ai sensi del comma 7 (cui, quanto al lavoro privato, corrisponde perfettamente il comma 8 dell'art. 9-septies), *“l'accesso del personale ai luoghi di lavoro di cui al comma 1 in violazione degli obblighi di cui ai commi 1 e 2, è punito con la sanzione di cui al comma 8 e restano ferme le conseguenze disciplinari secondo i rispettivi ordinamenti di appartenenza”*.

In ordine ai profili disciplinari, più eloquente (anche in confronto del fatto che non pare agevole che *“i rispettivi ordinamenti di appartenenza”* contemplino previsioni disciplinari applicabili al caso) è il comma 3 dell'art. 9-sexies, che il *conditor iuris* ha dedicato, con separata evidenza, ai magistrati – oltreché amministrativi, contabili, militari e tributari – ordinari, che si distinguono dagli altri perché loro compete la tutela dei diritti soggettivi. Invero, l'“accesso” – per i soli magistrati<sup>24</sup> e, dunque, non senza una certa perplessità, non anche per avvocati, parti, imputati, testimoni e pubblico – *agli uffici giudiziari in violazione della disposizione [che impone l'obbligo del green pass] integra illecito disciplinare ed è sanzionato per i magistrati ordinari*” – specificamente – *“ai sensi dell'articolo 12, comma 1, del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, e per gli altri soggetti di cui al medesimo comma 1 del presente articolo secondo i rispettivi ordinamenti di appartenenza. Il verbale di accertamento della violazione è trasmesso senza ritardo al titolare dell'azione disciplinare”*.

Ad ogni modo, tornando alla disciplina ‘ordinaria’ applicabile al pubblico impiego, il comma 8 dell'art. 9-quinquies specifica: *“In caso di violazione delle disposizioni di cui al comma 4, di mancata adozione delle misure*

<sup>24</sup> ... in riferimento ai quali il *conditor iuris* ha tra l'altro perso per strada la previsione, di cui invece al comma 3 dell'art. 9-quinquies ed al comma 3 dell'art. 9-septies, a termini della quale l'obbligo del *green pass* non si applica ai *“soggetti esenti dalla campagna vaccinale sulla base di idonea certificazione medica rilasciata secondo i criteri definiti con circolare del Ministero della salute”*.

*organizzative di cui al comma 5 nel termine previsto, nonché per la violazione di cui al comma 7, si applica l'articolo 4, commi 1, 3, 5 e 9, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 maggio 2020, n. 35 [...]. Per le violazioni di cui al comma 7, la sanzione amministrativa prevista dal comma 1 del citato articolo 4 del decreto-legge n. 19 del 2020 è stabilita in euro da 600 a 1.500".* Rilevato che la sanzione pecuniaria di cui si tratta è ben superiore a quella assai blanda, da euro 100 a euro 500, prevista dall'art. 1, comma 4, del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, convertito con modificazioni dalla legge 31 luglio 2017, n. 119<sup>25</sup>, a carico di genitori, tutori ed affidatari in caso di mancata somministrazione delle vaccinazioni obbligatorie (con conseguente possibile violazione del canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.), il comma 9 dell'art. 9-quinquies chiosa: *"Le sanzioni di cui al comma 8 sono irrogate dal Prefetto [...]"*.

#### 11. *Diversa conformazione del green pass italiano rispetto a quello europeo.*

La conformazione acquisita dal *green pass* nel transito dall'ordinamento europeo a quello italiano ne ha cambiato il volto e l'essenza.

Il *green pass* italiano non è più uno strumento di facilitazione dell'esercizio di un'unica e precisamente individuata libertà, quella di circolazione, che, così nell'ordinamento dell'Unione<sup>26</sup> come in quello italiano, ammette bensì limitazioni, ma solo quelle *"che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza"*: limitazioni la cui fonte – nella formulazione dell'art. 16, comma primo, Cost. testé evocata – deve consistere in una legge, si ammetta pure di produzione governativa anziché esclusivamente parlamentare, avente tuttavia carattere generale, per evitare differenze e discriminazioni.

Confrontando la logica europea con il dettato dell'art. 16, comma primo, Cost., evocato come base giuridica delle limitazioni dai decreti-legge sul *green pass* e più in generale sull'emergenza, il *green pass* avrebbe una ragion d'essere, ed in effetti questa era la sua funzione originaria

<sup>25</sup> Trattasi del cd. decreto Lorenzin, recante *"Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci"*.

<sup>26</sup> Art. 3, par. 2, TUE; art. 21 TFUE (di cui si vedano più in generale i titoli IV e V); art. 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

alla stregua dell'art. 2 del d.l. n. 52 del 2021, a misura, però, che siano in atto compressioni alla libertà di circolazione infraregionale per motivi collegati all'andamento della pandemia.

Nelle evoluzioni successive, invece, il *green pass* italiano è divenuta una condizione 'generale', per di più sanzionata amministrativamente e disciplinarmente, per l'esercizio, non solo e non tanto della libertà di circolazione, ma di una lunga schiera di diritti e libertà (anche) fondamentali, che principiano dal lavoro, diritto-dovere cardinale su cui la nostra Repubblica democratica, è fondata (art. 1, comma primo, Cost.).

Per soffermarsi più particolarmente sul lavoro, *"la Repubblica"* – esordisce l'art. 4, comma primo, Cost. – *"riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro"*: *"riconosce"* un tale diritto, non lo concede e non lo consente, ma ne prende semplicemente atto; sempre *"la Repubblica"* – prosegue l'art. 35, comma primo, Cost. – *"tutela il lavoro [...]"* e non lo deprime. Solo il *"cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere"* – prevede l'art. 38, comma primo Cost., *"ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale"*: i cittadini abili al lavoro sono tenuti a lavorare per mantenersi e, così facendo, per contribuire al progresso collettivo, adempiendo in tal modo al loro *"dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società"* (art. 4, comma secondo, Cost.). I cittadini non possessori di *green pass* non infetti, in quanto non inabili al lavoro, non possono assolvere al loro diritto-dovere e, con la sanzione atipica della perdita della retribuzione pur in assenza di sospensione del rapporto, sono lasciati a se stessi.

#### 12. *Effetti sui diritti e sulle libertà fondamentali.*

A prescindere dall'opportunità, politica o sanitaria, dell'introduzione e dell'implementazione del *green pass* nella declinazione italiana, tema che esula dal presente scritto, avuto riguardo alle osservazioni che precedono, il *green pass* italiano incide su diritti e libertà fondamentali proclamati nella loro pienezza dalla Costituzione, rendendoli diritti e libertà non più fondamentali e condizionati.

Condizionati, e dunque non più pieni, in quanto, all'evidenza, il mancato possesso e la mancata esibizione (peraltro non solo ad un pubblico ufficiale, ma altresì a soggetti privati, promossi, siffattamente,

a pubblici ufficiali diffusi) del *green pass* rappresenta un impedimento all'esercizio dei diritti e delle libertà.

I diritti e le libertà fondamentali, al cospetto del *green pass*, non sono più fondamentali.

A questo riguardo, il discorso si complica.

Tutti gli altri diritti e libertà – diversi, non già, stando alla lettera dell'art. 32, comma primo, Cost., pure invocato nel preambolo stereotipato dei vari decreti-legge, dal diritto alla salute, che è certamente un “fondamentale diritto” epperò solo “dell'individuo” (come il diritto al lavoro), ma da un *quid minoris* qual è l’“interesse della collettività” alla salute, che costituisce una sorta di interesse legittimo, per dirla con gli amministratori – non entrano in alcuna logica di comparazione e men che meno di contemperamento con il suddetto “interesse della collettività”, dal quale sono – se non formalmente elisi, poiché, ad esempio, il rapporto di lavoro di chi non ha il *green pass* prosegue pur non sospeso – assai gravemente compromessi, poiché, proseguendo l'esempio, il lavoratore privo di *green pass* non ha diritto alla retribuzione.

Del resto, pur a voler cambiare registro e dunque a voler concentrare l'analisi, come spesso suole fare, sul diritto alla salute in sé e per sé, individualmente conformato alla stregua di diritto fondamentale, anziché collettivamente delineato alla stregua di mero interesse, il tema dei rapporti tra esso ed il diritto al lavoro, ben lungi dall'essere nuovo, ha già costituito un momento di profonda riflessione da parte della Corte costituzionale, a proposito di una vicenda tormentata, drammatica e, quantunque in proporzioni ridotte, tragicamente comparabile a quella della pandemia, qual è quella dell'ILVA di Taranto. Nella, da più voci criticata, ma in realtà allo stato insuperata, sentenza n. 85 del 2013, detta Corte ha posto infatti l'accento sull'indefettibilità di un ragionevole contemperamento, in guisa da escludere che quello alla salute possa assurgere a diritto tiranno:

*La ratio della disciplina censurata [che, assai sinteticamente, consentiva l'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa a determinate condizioni] consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli*

*occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso.*

*Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.*

*Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo «fondamentale», contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rivelatore di un «carattere preminente» del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come «valori primari» (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una “rigida” gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale.*

### 13. *Spunti problematici di riflessione.*

A questo punto, credesi, con serenità, che si pongano all'attenzione del giurista pressanti interrogativi, solo erroneamente e sbrigativamente tacciabili di subvalenza rispetto alle ragioni della ripresa dell'economia e, dunque, in definitiva, del mercato e del denaro.

#### 13.1. *Ratio del green pass italiano.*

Un primo interrogativo impinge sulla logica, in quanto attinente alla necessità di individuare quale sia l'effettiva *ratio* del *green pass* italiano.

Generalmente si afferma che in Italia il *green pass* serve a prevenire i contagi.

Tuttavia sia coloro che possiedono l'esito negativo di un test pur in corso di validità sia però anche i vaccinati<sup>27</sup> ben possono essere vettori del contagio, tanto più che, per i secondi, a dispetto del punto 19 del *Considerando* del regolamento (UE) 2021/953<sup>28</sup>, dell'art. 9, comma 3, ultimo periodo, d.l. n. 52 del 2011<sup>29</sup>, e dall'allegato B del già citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 17 giugno 2021, pare essere inattuabile<sup>30</sup> la revoca del certificato in caso di sopravvenuta positività, risultante, tra l'altro, dall'esito positivo di un test: ciò che tra l'altro espone l'Italia a rilievi da parte dell'Unione.

Qualora, poi, si sostenesse che il *green pass* serve ad evitare che i contagiati sviluppino forme gravi di malattia, si potrebbe ritenere che esso esca dalla qualificazione di strumento di tutela dell'“interesse della collettività” alla salute, assumendo quella di strumento di tutela del diritto individuale alla salute, ma in tal modo perdendo la base giuridica addotta a suo fondamento (posto che la realizzazione della tutela del diritto individuale alla salute non può essere imposta, in forza dell'art. 32, comma primo, Cost., al suo titolare).

---

<sup>27</sup> Cfr. lo studio intitolato “Outbreak of SARS-CoV-2 Infections, Including COVID-19 Vaccine Breakthrough Infections, Associated with Large Public Gatherings – Barnstable County, Massachusetts, July 2021” pubblicato il 6 agosto 2021 in [https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7031e2.htm?s\\_cid=mm7031e2\\_w](https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7031e2.htm?s_cid=mm7031e2_w). Cfr. inoltre lo studio intitolato “How do vaccinated people spread Delta? What the science says” pubblicato il 12 agosto 2021 in <https://www.nature.com/articles/d41586-021-02187-1>.

<sup>28</sup> Il punto 19 recita: “Per motivi medici e di salute pubblica e in caso di certificati rilasciati o ottenuti fraudolentemente, è opportuno che gli Stati membri possano stilare e scambiare con altri Stati membri, ai fini del presente regolamento, elenchi di revoca dei certificati per casi limitati, in particolare per revocare i certificati rilasciati erroneamente, come conseguenza di una frode o a seguito della sospensione di una partita di vaccino anti COVID-19 risultata difettosa”.

<sup>29</sup> Detta disposizione prevede che “la certificazione di cui al presente comma cessa di avere validità qualora, nel periodo di vigenza della stessa, l'interessato sia identificato come caso accertato positivo al SARS-CoV-2”.

<sup>30</sup> ... per le ragioni illustrate da F. FUGA, *Non è possibile revocare il green pass, ma va bene così: ecco il pasticcio*, in <https://www.agendadigitale.eu/sanita/non-e-possibile-revocare-il-green-pass-ma-va-bene-così-ecco-il-pasticcio>.

13.2. (Segue) *Proporzionalità delle limitazioni allo scopo perseguito.*

Un secondo interrogativo costituisce un'appendice del primo. Poiché è indubbio che il *green pass* imponga limitazioni, altrimenti non avrebbe senso, nel preambolo dei decreti-legge, il pur riduttivo richiamo all'art. 16 Cost., con la sottolineatura che esso consente limitazioni alla libertà di circolazione (e soggiorno) per motivi di sanità o di sicurezza, viene in linea di conto la questione della proporzionalità di tali limitazioni rispetto allo scopo perseguito.

Un apparato di limitazioni così ampio, profondo, sostanzialmente coinvolgente tutte le persone dai dodici anni in su, per l'esercizio di uno spettro di attività tutte lecite ed addirittura costituzionalmente dovose, come il lavoro e non solo (tenuto conto che, per esempio, è vietato ad una famiglia formata da genitori e minori conviventi di entrare persino in un parco giochi o in un'area archeologica completamente all'aperto senza *green pass*), predeterminato una volta per tutte da un atto primario (anziché rimesso, in ipotesi, a singoli atti dell'autorità amministrativa), senza operare, o consentire che possano essere operate, distinzioni in funzione dei diversi livelli di pericolo della relazionalità, si espone all'eventualità di essere additato come eccessivo ed irragionevole, non tenendo in considerazione il rischio proprio di ciascun tipo di attività in relazione alle specifiche condizioni di espletamento delle stesse, nel particolare contesto epidemiologico locale, e finanche micro-locale, in cui si inseriscono.

In buona sostanza, limitazioni di una vastissima gamma di attività per tutti in ogni parte d'Italia ogni giorno sino al 31 dicembre 2021 (sperando che l'emergenza non sia ulteriormente prorogata, tanto più a fronte dell'implementazione delle cure contro il Coronavirus<sup>31</sup>) sono passibili di assurgere ad un divieto generalizzato e non commisurato ai presupposti ed agli scopi dichiarati dell'intervento normativo.

Con il *green pass*, avere il *green pass*, e non più esercitare diritti e libertà, è la regola.

<sup>31</sup> Cfr., ad es., G. GALEAZZI, *Ok dell'Aifa alla terapia contro il Covid. Ecco i tre medicinali autorizzati*, in <https://www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2021/09/29/news/ok-dell-aifa-alla-terapia-contro-il-covid-ecco-i-tre-medicinali-autorizzati-1.40754335>.

Ci si licenzia di rammentare come, finanche in un Paese, quale la Spagna, che, a differenza dell'Italia, costituzionalmente conosce il cd. 'Stato d'eccezione', il *Tribunal Constitucional*, sul rilievo che la libertà di circolazione dev'essere la regola e non l'eccezione, ha dichiarato incostituzionali alcune parti del decreto con cui il governo, nel marzo dello scorso anno, aveva imposto lo "stato d'allarme" e, con il *lock down*, limitato la circolazione e le attività delle persone per contrastare il diffondersi della pandemia<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. la lunga e complessa *sentencia n. 148 de 14 de julio 2021*, di cui si reputano emblematici i seguenti passaggi, tratti, in part., dal par. 5, pp. 53 e 54: "Basta la mera lectura de la disposición para apreciar que esta plantea la posibilidad ('podrán') de circular no como regla, sino como excepción. Una excepción doblemente condicionada, además, por su finalidad ('únicamente [...] para la realización' de ciertas actividades más o menos tasadas) y sus circunstancias ('individualmente', de nuevo salvo excepciones). De este modo, la regla (general en cuanto a su alcance personal, espacial y circunstancial) es la prohibición de 'circular por las vías de uso público', y la 'única' salvedad admitida es la de que tal circulación responda a alguna de las finalidades (concretas, sin perjuicio de las dos cláusulas más o menos abiertas de las letras g) y h)) indicadas por la autoridad. Se configura así una restricción de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite 'limitar' para el estado de alarma ['la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados': art. 11, letra a)]. Tal restricción aparece, pues, más como una 'privación' o 'cesación' del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una 'reducción' de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende a radice, de forma generalizada, para todas 'las personas', y por cualquier medio. La facultad individual de circular 'libremente' deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto. De este modo, cualquier persona puede verse obligada a justificar su presencia en cualquier vía pública, y podrá ser sancionada siempre que la justificación no se adecue a lo previsto en las disposiciones del real decreto. Así las cosas, el tribunal no puede compartir la tesis del abogado del Estado, para quien esta medida no haría 'irreconocible' el derecho y resultaría acorde con la garantía que enuncia el artículo 53.1 CE frente a cualquier regulación legislativa del ejercicio de los derechos reconocidos en el capítulo segundo del título I de la Norma fundamental. A menos que se quiera despojar de significado sustantivo alguno al término 'suspensión', parece difícil negar que una norma que prohíbe circular a todas las personas, por cualquier sitio y en cualquier momento, salvo en los casos expresamente considerados como justificados, supone un vaciamiento de hecho o, si se quiere, una suspensión del derecho, proscritos como se ha reiterado ya en el estado de alarma. Otra cosa implicaría dejar exclusivamente en manos de la autoridad competente (que, no debe olvidarse, en el estado de alarma es inicialmente el Gobierno, sin la previa autorización del Congreso de los Diputados) la noción misma de 'suspensión' utilizada por el constituyente, otorgándole la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales garantizados por nuestra Norma fundamental, de forma generalizada y con una altísima intensidad, mediante el simple expediente de afirmar (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario) su carácter 'meramente' restrictivo, y no

Venendo all'attualità, sulla necessaria proporzionalità del *green pass* si sofferma, in Francia, anche la decisione n. 2021-824DC del 5 agosto 2021, con cui il Consiglio costituzionale ha ritenuto la legittimità, *in parte qua*, della *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, che attribuisce al primo ministro il potere di subordinare l'accesso del pubblico a certi luoghi ed attività al possesso del *green pass*<sup>33</sup>.

Riguardo a tale decisione, sovengono due osservazioni:

- in primo luogo, la compiutezza delle valutazioni sottese agli interventi regolamentari in attuazione della legge è sindacabile nel merito (e qui si apprezza una profonda differenza con l'ordinamento italiano) in sede giurisdizionale<sup>34</sup>, tanto che, proprio sul fondamento dell'insegnamento del Consiglio costituzionale, cominciano a far capolino i primi provvedimenti di annullamento di atti impositivi del *green pass* per accedere ai centri commerciali<sup>35</sup>;

---

*suspensivo. Adicionalmente, tal vaciamiento de este derecho comporta, como insoslayable corolario, la amputación material de la posibilidad, constitucionalmente protegida por el juego combinado de los artículos 21.1 y 18 CE, de mantener reuniones privadas, por razones familiares o de amistad, incluso en la esfera doméstica”.*

<sup>33</sup> Cfr. in part. il par. 42: “[...] le législateur a entouré de plusieurs garanties l'application de ces mesures. S'agissant de leur application aux services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, le législateur a réservé l'exigence de présentation d'un «passe sanitaire» aux seules personnes accompagnant ou rendant visite aux personnes accueillies dans ces services et établissements, ainsi qu'à celles qui y sont accueillies pour des soins programmés. Ainsi, cette mesure, qui s'applique sous réserve des cas d'urgence, n'a pas pour effet de limiter l'accès aux soins. S'agissant de leur application aux grands magasins et centres commerciaux, il a prévu qu'elles devaient garantir l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ainsi qu'aux moyens de transport accessibles dans l'enceinte de ces magasins et centres. Il a prévu également qu'elles ne pouvaient être décidées qu'au-delà d'un certain seuil défini par décret et par une décision motivée du représentant de l'État dans le département lorsque les caractéristiques de ces lieux et la gravité des risques de contamination le justifient. S'agissant des déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux, le législateur a exclu que ces mesures s'appliquent «en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis». En outre [...], la notion «d'activité de loisirs» exclut notamment une activité politique, syndicale ou culturelle”.

<sup>34</sup> Cfr. in part. il par. 43: “[...] les mesures réglementaires prises sur le fondement des dispositions contestées ne peuvent, sous le contrôle du juge, l'être que dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19. Elles doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires”.

<sup>35</sup> Cfr., *inter alia*, Tribunal administratif de Versailles, ordonnance du 24 août 2021, n° 2107184-2107186, in part. parr. 6 e 7, in <http://versailles.tribunal-administratif.fr>.

- in secondo luogo, a misura che s'abbia ad assumere l'ordinamento francese come modello, sarebbe necessario approfondirne tutte le caratteristiche, considerando, in particolare, che, nella medesima decisione cui si sta accennando, il Consiglio costituzionale, salvato il *green pass*, ha invece dichiarato l'illegittimità della previsione di una quarantena obbligatoria per il positivo ad un *test* in quanto contraria al divieto di imposizioni personali, talché, in un quadro siffatto, la previsione del *green pass* sembra assumere un grado di ragionevolezza sistemico non immediatamente esportabile ad esperienze diverse.

Sotto altro ma concorrente profilo, la circostanza che chi non si munisce del *green pass* non possa avere accesso ad attività anche primarie della vita che ne consentano l'espletamento della personalità non si esclude possa prestarsi ad essere letta come un'esclusione dal consorzio sociale, che dunque aggredisce la sfera della libertà personale, in guise per certi versi non dissimili dal contenuto di talune affezioni proprie delle misure penali, nondimeno per ragioni non contemplate – ed in violazione della riserva di giurisdizione prevista – dall'art. 13 Cost.<sup>36</sup>.

---

*fr/content/download/183619/1781166/version/1/file/2107184.pdf*: "Il résulte du f) du A du II de l'article 1er de la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire cité au point 1, éclairée par ses travaux préparatoires, notamment les débats ayant eu lieu durant la séance du 25 juillet 2021, ainsi que de la décision du Conseil Constitutionnel n° 2021-824 DC du 5 août 2021, que les restrictions d'accès aux grands magasins et centres commerciaux pouvant être mises en place par arrêté préfectoral en cas d'aggravation importante des risques sanitaires liés à l'épidémie de Covid 19 doivent garantir l'accès des personnes ne disposant pas de passe sanitaire aux biens et services de première nécessité ainsi, le cas échéant, qu'aux moyens de transport situés dans l'enceinte de ces magasins et centres. 7. En l'espèce, il résulte des termes de l'arrêté contesté que les mesures de restriction imposées par le préfet des Yvelines s'appliquent de façon générale et absolue à l'ensemble des commerces situés dans les grands magasins et centres commerciaux listés et ne prévoient aucun aménagement permettant de réserver l'accès des personnes ne disposant pas de passe sanitaire aux établissements commercialisant des biens de première nécessité dans l'enceinte de ces magasins et centres, en particulier aux commerces alimentaires, en méconnaissance des dispositions législatives applicables. Dans ces conditions, M. X est fondé à soutenir que l'arrêté litigieux porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale d'aller et venir".

<sup>36</sup> Il pensiero, *mutatis mutandis*, corre a Tribunale superiore di Giustizia della Galizia 12 agosto 2021, in <https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=9647947&optimize=20210820&publicinterface=true&tab=AN&calledfrom=searchresults&statsQueryId=166085127&start=3&links=>, che ha sospeso cautelarmente l'efficacia delle norme sul *green pass*, ricordando come

### 13.3. (Segue) *Evoluzione delle limitazioni dai dd.PP.CC.MM. al green pass.*

Anche un terzo interrogativo costituisce un'appendice del primo.

Suole dire che il *green pass* sia uno strumento di libertà.

A questo riguardo, tuttavia, si ritiene, a mo' di provocazione al dibattito, che possa essere interessante soffermarsi sul confronto tra la situazione attuale, sotto l'impero del *green pass*, e la situazione delle prime ondate di pandemia, sotto l'impero dei d.P.C.M. e dei decreti-legge istitutivi dei vari periodi di *lock down*<sup>37</sup>.

Con la parziale eccezione del primo *lock down* cd. duro, durante gli altri periodi di *lock down*, è sempre stata consentita, sotto condizione dell'osservanza delle regole di protezione individuale e collettiva, la circolazione delle persone per comprovate esigenze di necessità, cura e – sia consentito di far notare – lavoro. Invece, con l'entrata in vigore del (*super*) *green pass*, viepiù nella situazione attuale in cui non vi è alcun *lock down* in atto, chi non è possesso del certificato non è ammesso sul posto di lavoro e non può espletare l'attività lavorativa.

Ciò, che di per sé rende ragione delle profonde conseguenze del *green pass* su profili essenziali della vita quotidiana, suggerisce verosimilmente l'esigenza di un'analisi più accurata circa la proporzionalità del medesimo, anche in prospettiva diacronico-sistemica.

---

*“la reciente Sentencia del Tribunal Supremo núm. 719/2021, de 24 de mayo, estableció que las medidas limitativas de derechos fundamentales no surten efectos ni son aplicables mientras no sean ratificadas judicialmente y aclaró que únicamente serán objeto de ratificación las medidas que no están ya previstas, sea por la legislación sanitaria, sea por la de policía administrativa o por la correspondiente a otras materias. Es el caso, entre otras, de las disposiciones relativas a horarios y aforos en establecimientos públicos, a actividades educativas, de las que intentan preservar los espacios públicos e impedir que en ellos se consuma alcohol, de las que tienen por objeto evitar la contaminación acústica o de otra naturaleza y, en general, de las dirigidas a mantener la convivencia”.*

<sup>37</sup> A proposito dei d.P.C.M., dal comunicato del 23 settembre 2021 dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale si apprende che questa ha “*giudicato non fondate le questioni relative al [decreto-legge] n. 19 [del 2020], poiché al Presidente del Consiglio non è stata attribuita altro che la funzione attuativa del decreto legge, da esercitare mediante atti di natura amministrativa*”. In attesa di leggere le motivazioni della sentenza, alla stregua dell'impostazione seguita dalla Corte costituzionale, resterà da approfondire in forza di quale legittimazione limitazioni estremamente penetranti della libertà personale potessero essere concretamente disposte in atti amministrativi viepiù generali, in violazione della duplice riserva di legge e di giurisdizione ai sensi degli artt. 13, 23 e, volendo, 25 Cost.

13.4. (Segue) *Soggetti esclusi dalla campagna vaccinale.*

Un quarto interrogativo riguarda la disciplina del *green pass* in rapporto ai “*soggetti esclusi per età dalla campagna vaccinale e ai soggetti esenti sulla base di idonea certificazione medica [...]*” (cfr., per tutti, l’art. 9-bis, comma 3, d.l. n. 52 del 2021).

Premesso che la categoria dei “*soggetti esenti*” ha, linguisticamente, una dubbia consistenza, data la non obbligatorietà, e perciò la volontarietà, del vaccino, i “*soggetti esclusi*” ed i “*soggetti esenti*” non hanno, di per sé, diritto al rilascio del *green pass*, in quanto non rientrano in una delle tre fattispecie abilitanti. Nondimeno le limitazioni collegate al possesso ed all’esibizione del *green pass* ai predetti non si applicano, la qual cosa sembrerebbe implicitamente aprire, salvo errori, quantomeno in relazione ai “*soggetti esenti*”, ad una sorta di *green pass* parallelo loro riservato (il difetto della cui esplicita normazione sta tra l’altro cagionando enormi problemi applicativi, non potendo il certificato di esenzione essere implementato in un *QR code* riconoscibile dall’*app* Verifica C-19, con il risultato che la necessitata ostensione del certificato stesso realizza un palesamento di dati sensibilissimi).

Qui però si può forse toccare con mano il contorsionismo del diritto interno rispetto alla linearità del diritto europeo, venendo ad emersione l’includibilità del confronto proprio con quel punto 36 del *Considerando* del regolamento (UE) 2021/953 su cui invece si è consumata la non encomiabile *performance* dei traduttori in italiano dianzi accennata. Il punto 36, infatti, evidenzia la necessità di “*evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate, per esempio per motivi medici, perché non rientrano nel gruppo di destinatari per cui il vaccino anti COVID-19 è attualmente somministrato o consentito, come i bambini, o perché non hanno ancora avuto l’opportunità di essere vaccinate o hanno scelto di non essere vaccinate*”. Talché, tornando al diritto interno, e mantenendo il registro dell’analisi soltanto sul piano prettamente disciplinare da cui si sono prese le mosse, senza cioè voler assumere posizioni valoriali, a misura che le limitazioni collegate al *green pass* non si applicano, correttamente, ai “*soggetti esclusi*” ed ai “*soggetti esenti*”, dovrebbero non potersi applicare anche ai soggetti che “*hanno scelto di non essere vaccinat[i]*”, in quanto, non solo le prime due categorie, ma anche la terza, sono contemplate dal predetto punto 36.

13.5. *Fonte costituzionale delle limitazioni del diritto al lavoro, allo studio ed all'unità familiare.*

Un quinto interrogativo, di ordine letterale, è volto ad appurare in quale articolo della Costituzione sia previsto che diritti come quello al lavoro, allo studio ed all'unità familiare possano subire le *"limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza"* espressamente evocate dall'art. 16, comma primo, Cost., in via del tutto eccezionale, soltanto con riferimento alla libertà di circolazione. In nessuno.

In Costituzione vi sono due sole posizioni giuridiche soggettive di vantaggio che possono essere limitate *"per motivi di sanità"*: la libertà di domicilio, in relazione alla quale l'art. 14, comma terzo, consente che *"leggi speciali"* regolino accertamenti ed ispezioni *"per motivi di sanità e incolumità pubblica"*, e giust'appunto la libertà di circolazione e soggiorno; a voler essere precisi, non anche la libertà di riunione, in relazione alla quale l'art. 17, comma terzo, Cost. proclama che le *"autorità"* – le quali agiscono su mandato di legge in forza del principio di legalità – possono vietare le *"riunioni in luogo pubblico"* *"soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica"*, e neppure la libertà d'iniziativa economica privata, che l'art. 41, al comma secondo, prescrive non possa *"svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"* e, al comma terzo, sottopone a *"programmi"* e *"controlli"* determinati per legge affinché *"l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali"*.

A questo proposito, si potrebbe ritenere che la previsione di un'apposita legge afferente i *"motivi di sanità o di sicurezza"*, ad opera dell'art. 16, comma primo, oltreché dell'art. 14, comma terzo, Cost., e non di altri articoli del medesimo testo, individui di per sé una differente modulazione della limitabilità dei diritti e delle libertà fondamentali. A tale posizione si potrebbe obiettare che l'art. 32, comma secondo, Cost., consente che taluno possa *"essere obbligato"*, *"per disposizione di legge"*, *"a un determinato trattamento sanitario"*. Nondimeno, nuovamente, in senso contrario, potrebbe osservarsi che il *green pass* non istituisce un trattamento sanitario obbligatorio.

14. *Green pass ed indennizzo in caso di eventi avversi.*

Sul punto da ultimo cennato, che ha acceso aspri confronti politici, sostenendosi, da parte degli schieramenti interni ed esterni alla maggioranza di governo non favorevoli al *green pass*, che l'obbligatorietà dello stesso, per come è strutturato, equivale ad un obbligo vaccinale implicito o mascherato, cui non si accompagna un'assunzione di responsabilità da parte dello Stato per le conseguenze avverse del vaccino, soccorrono due osservazioni:

- in generale, la discrezionalità del legislatore nell'introdurre un obbligo *"a un determinato trattamento sanzionatorio"* non è assoluta, poiché è lo stesso art. 32, comma secondo, Cost. ad aggiungere subito in appresso che *"la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana"*: talché, sul rilievo che lavoro, studio e famiglia integrano essenziali fattori di svolgimento della personalità costituzionalmente protetti, l'esercizio dei corrispondenti diritti e libertà potrebbe essere ritenuto incompressibile. In riferimento ai vaccini obbligatori, nei binari di quel che si va esponendo pare collocarsi l'art. 3 d.l. n. 73 del 2017, giacché, ai sensi del comma 3 di esso, solo *"per i servizi educativi per l'infanzia e le scuole dell'infanzia"* – non obbligatori e non dotati di copertura costituzionale – *"la presentazione della documentazione di cui al comma 1 [comprovante, in estrema sintesi, l'eseguita vaccinazione o l'impossibilità di eseguirla] costituisce requisito di accesso[, mentre invece espressamente p]er gli altri gradi di istruzione e per i centri di formazione professionale regionale, la presentazione della documentazione di cui al comma 1 non costituisce requisito di accesso alla scuola o al centro ovvero agli esami"*<sup>38</sup>;
- più nel dettaglio, quanto *funditus* al tema dei suddetti aspri confronti politici, vero è che l'obbligatorietà di un vaccino comporta come necessario *pendant* la previsione di indennizzi per gli eventi avversi

<sup>38</sup> Cfr. anche l'art. 3-bis, comma 5: *"Per i servizi educativi per l'infanzia e le scuole dell'infanzia, ivi incluse quelle private non paritarie, la mancata presentazione della documentazione di cui al comma 3 nei termini previsti comporta la decadenza dall'iscrizione. Per gli altri gradi di istruzione e per i centri di formazione professionale regionale, la mancata presentazione della documentazione di cui al comma 3 nei termini previsti non determina la decadenza dall'iscrizione né impedisce la partecipazione agli esami"*.

gravi<sup>39</sup>, ma è anche vero che, in ordine al tema degli indennizzi, all'obbligatorietà è assimilabile la spontanea adesione del vaccinato all'invito rivolto, avendo egli adempiuto ad un dovere solidaristico inquadrabile nell'art. 2 Cost.<sup>40</sup>: talché, così opinando, tenuto altresì

<sup>39</sup> Corte cost., n. 5 del 2018, par. 8.2.1 delle motivazioni in diritto: “[...] la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost.: se il trattamento è diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri; se si prevede che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili; e se, nell'ipotesi di danno ulteriore, sia prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria (sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990)”; in precedenza, precipuamente sul tema, la già citata Corte cost., n. 307 del 1990, mass. uff. n. 15628: “Il corretto bilanciamento fra la dimensione individuale e collettiva della salute - in relazione alle ragioni di (reciproca) solidarietà fra individuo e collettività - implica il riconoscimento di un equo ristoro in favore di chi - obbligato a sottoporsi ad un trattamento sanitario che importi un rischio specifico, o prestando la relativa assistenza - subisca, per l'avverarsi del rischio, un danno ulteriore rispetto alle conseguenze normalmente proprie (e tollerabili) di ogni intervento sanitario. Pertanto, è costituzionalmente illegittima - per violazione dell'art. 32 Cost. - la legge 4 febbraio 1966 n. 51, nella parte in cui non prevede, a carico dello Stato, un'equa indennità per il caso di danno derivante, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., da contagio o da altra apprezzabile malattia causalmente riconducibile alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica, riportato dal bambino vaccinato o da altro soggetto a causa dell'assistenza personale diretta prestata al primo”.

<sup>40</sup> C. cost., n. 268 del 2017, mass. uff. n. 40637: “È dichiarato costituzionalmente illegittimo - per violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost. - l'art. 1, comma 1, della legge n. 210 del 1992, nella parte in cui non prevede il diritto a un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, nei confronti di coloro che si siano sottoposti a vaccinazione antinfluenzale [riportando a causa d'essa lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente dell'integrità psico-fisica]. L'obbligatorietà e la raccomandazione di trattamenti vaccinali costituiscono tecniche che, seppur con diversa incidenza sull'autodeterminazione individuale, perseguono lo scopo comune di ottenere la migliore salvaguardia della salute come interesse (anche) collettivo, e ciò comporta che - in applicazione dei principi costituzionali di solidarietà, di tutela della salute anche collettiva e di ragionevolezza - la collettività debba accollarsi i costi degli eventuali effetti dannosi individuali non solo delle vaccinazioni obbligatorie, ma anche di quelle raccomandate, essendo irragionevole riservare un trattamento peggiore a coloro che hanno aderito alle raccomandazioni rispetto a quanti abbiano ubbidito a un obbligo. Contrasta dunque con i suddetti principi la mancata previsione del diritto all'indennizzo in caso di patologie irreversibili derivanti dalla vaccinazione antinfluenzale, che - alla luce del Piano nazionale di prevenzione vaccinale 2017-2019 nonché di raccomandazioni e campagne informative istituzionali - rientra a pieno titolo tra quelle raccomandate. Né alcuna limitazione del novero dei destinatari dell'indennizzo può derivare dal fatto che la raccomandazione della vaccinazione antinfluenzale è accompagnata, per alcune categorie di soggetti, dalla gratuità della somministrazione, atteso che tale circostanza non elide il rilievo collettivo della tutela della salute e che i vincoli di ordine finanziario possono giustificare limitazioni soggettive della

conto del fatto che la risoluzione n. 2361 (2021) adottata dall'Assemblea del Consiglio d'Europa il 27 gennaio 2021, al punto 7.1.5, impegna gli Stati a *“mettere in atto programmi indipendenti di compensazione vaccinale per garantire il risarcimento per danni indebiti e danni derivanti dalla vaccinazione”*, i decreti-leggi impositivi del *green pass* potrebbero andar sospetti, *hic et nunc*, di illegittimità costituzionale per la mancata previsione di indennizzi, non tanto laddove inseriscono specifici obblighi vaccinali, perché al riguardo supplisce la previsione generale dell'art. 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210, ma per il fatto in sé, al di là di detti obblighi, di *“indurre”* alla vaccinazione<sup>41</sup>.

---

*gratuità del trattamento vaccinale, ma non l'esonero dall'obbligo d'indennizzo in presenza delle condizioni previste dalla legge”*. In tempi meno recenti, fondamentale per la limpidezza di esposizione e la conduzione degli argomenti, è Corte cost., n. 27 del 1998, mass. uff. n. 23685: *“È costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2 e 32 Cost., l'art. 1, comma 1, l. 25 febbraio 1992 n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), nella parte in cui non prevede il diritto all'indennizzo, alle condizioni ivi stabilite, di coloro che siano stati sottoposti a vaccinazione antipoliomelittica nel periodo di vigenza della legge 30 luglio 1959 n. 695 (Provvedimenti per rendere integrale la vaccinazione antipoliomelittica), in quanto - posto che la vaccinazione antipoliomelittica è stata resa obbligatoria con legge 4 febbraio 1966 n. 51; che, anteriormente alla predetta legge, la legge 30 luglio 1959 n. 695 aveva fortemente incentivato la vaccinazione pur non imponendola come obbligo giuridico; e che non è costituzionalmente lecito alla stregua degli artt. 2 e 32 Cost., richiedere che il singolo esponga a rischio la propria salute per un interesse collettivo, senza che la collettività stessa sia disposta a condividere, come è possibile, il peso delle eventuali conseguenze negative - non vi è ragione di differenziare, dal punto di vista dell'anzidetto principio, il caso in cui il trattamento sanitario sia imposto per legge da quello in cui esso sia, in base ad una legge, promosso dalla pubblica autorità in vista della sua diffusione capillare nella società; il caso in cui si annulla la libera determinazione individuale attraverso la comminazione di una sanzione, da quello in cui si fa appello alla collaborazione dei singoli a un programma di politica sanitaria”*.

<sup>41</sup> Cfr. anche Corte cost., n. 107 del 2012, mass. uff. n. 36289: *“Deve essere dichiarata l'incostituzionalità dell'articolo 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 [...], nella parte in cui non prevede il diritto ad un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, nei confronti di coloro i quali abbiano subito le conseguenze previste dallo stesso articolo 1, comma 1, a seguito di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia. Infatti, in un contesto sociale di irrinunciabile solidarietà, tutti coloro che si sono uniformati ai comportamenti diretti alla protezione della salute pubblica, imposti o anche solo sollecitati dalla collettività, tramite gli organi competenti, devono essere garantiti dalla previsione di una misura indennitaria, destinata a compensare il sacrificio individuale ritenuto corrispondente a un vantaggio collettivo, nel caso in cui subiscano conseguenze pregiudizievoli per la loro salute”*.

15. *Considerazioni conclusive.*

Cercando di tirare le fila del discorso, si dimettono alcune riflessioni conclusive, in chiave non assertiva, ma, come di consueto, problematica, per stimolare il dibattito, nella convinzione che nessuno ha la verità in tasca.

Tali riflessioni si articoleranno sul duplice piano del confronto del *green pass* italiano con il diritto dell'Unione e con il diritto costituzionale interno.

15.1. *Possibili conseguenze del disallineamento del diritto interno rispetto al diritto dell'Unione (e non solo).*

Non si può obnubilare la distanza, sia concettuale che linguistica, tra il diritto dell'Unione ed il diritto interno.

Par chiaro che il diritto dell'Unione si applica *funditus* – peraltro in via immediata e diretta (art. 288 TFUE) – alla circolazione fra gli Stati membri.

Tuttavia sarebbe riduttivo relegare la rilevanza del diritto dell'Unione esclusivamente a tale ambito, dal momento che – come d'altronde riconosciuto dal pur parziale e perplesso art. 9 d.l. n. 52 del 2021<sup>42</sup> – il *green pass* europeo vale anche come *green pass* italiano e viceversa, donde la posizione dei cittadini italiani dovrebbe equipararsi a quella degli altri cittadini europei. In ragione di ciò, non è fuori dalla realtà paventare la

---

<sup>42</sup> La parzialità si annida nel comma 8, secondo cui “*le certificazioni verdi COVID-19 rilasciate in conformità al diritto vigente negli Stati membri dell'Unione europea sono riconosciute come equivalenti a quelle disciplinate dal presente articolo e valide ai fini del presente decreto se conformi ai criteri definiti con circolare del Ministero della salute [...]*”. È dubbio che una circolare possa dettare i criteri di conformità e comunque manca, per quanto possa supplirvisi ritenendola sottintesa, l'esplicitazione che il *green pass* italiano costituisce *green pass* europeo. La perplessità si annida nel comma 9, secondo cui, con formula tutt'altro che perspicua, “*le disposizioni dei commi da 1 a 8 continuano ad applicarsi ove compatibili con i regolamenti (UE) 2021/953 e 2021/954 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2021*”: donde dette disposizioni, in caso di non compatibilità, dovrebbero non più applicarsi, ad evidente preventivo scarico di responsabilità dell'Italia verso l'Unione per aver ostacolato l'efficacia diretta dei regolamenti, fermo tuttavia che l'estrema vaghezza della non applicazione non risolve i problemi di una normazione che nel complesso non si sottrae a rilievi di incompatibilità con i regolamenti stessi.

sussistenza di elementi sufficienti a giustificare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (art. 267 TFUE).

Inoltre, sotto diverso profilo, il principio di non discriminazione – di cui al punto 36 del *Considerando* del regolamento (UE) 2021/953, che, come visto, produce l'indiscutibile effetto di orientare in maniera netta l'interpretazione dell'articolato del regolamento medesimo e che deve essere letto per intero, non dunque nella difettevole prima traduzione italiana, secondo quanto invece ritiene di fare, ma senza argomentare, T.A.R. Trieste, 8 settembre 2021<sup>43</sup> – costituisce comunque pietra miliare anche dell'ordinamento italiano (artt. 3, ma anche 2, Cost.), oltretutto internazionale.

In relazione all'ordinamento internazionale, nella già citata risoluzione n. 2361 (2021) del Consiglio d'Europa, al punto 7, si legge:

*[...] l'Assemblea esorta [...] gli Stati membri e l'Unione europea a: [...]  
7.3 per quanto riguarda la garanzia di un'elevata captazione del vaccino:  
7.3.1 garantire che i cittadini siano informati che la vaccinazione non è obbligatoria e che nessuno è sottoposto a pressioni politiche, sociali o di altro tipo per essere vaccinato se non lo desidera;  
7.3.2 garantire che nessuno venga discriminato per non essere stato vaccinato, per possibili rischi per la salute o per non volersi vaccinare,*

[nonché a:]

*7.3.4 distribuire informazioni trasparenti sulla sicurezza e sui possibili effetti collaterali dei vaccini, collaborando e regolamentando le piattaforme di social media per prevenire la diffusione di disinformazione;  
7.3.5 comunicare in modo trasparente i contenuti dei contratti con i produttori di vaccini e renderli pubblicamente disponibili per l'esame parlamentare e pubblico [...].*

---

<sup>43</sup> Cfr. par. 10.6.

15.2. (Segue) *Possibili rilievi problematici sulla costituzionalità del green pass italiano.*

Fermo quanto precede, riportando *funditus* il discorso sul piano del diritto costituzionale interno, credesi che, al di là del pragmatismo del governo, possa difficilmente escludersi che il *green pass* italiano, concepito, secondo la vulgata, come strumento affinché tutti possano riappropriarsi delle proprie libertà, sia suscettivo di esporsi a ragioni di tensione con il riconoscimento pieno ed universale dei diritti e delle libertà fondamentali a chiunque, salvi soltanto i limiti che eccezionalmente la Costituzione consente mediante apposite riserve di legge, di guisa da abilitare la legge, e la legge soltanto, nei ristretti ambiti e sui presupposti di volta in volta specificati, a conformare, eventualmente comprimendole, le posizioni soggettive *singulatim* considerate, senza tuttavia mai poterle annullare o vanificare, né formalmente né però anche sostanzialmente.

Un tanto rimanda ai fondamenti del costituzionalismo novecentesco, che sarebbe inutile in questa sede riassumere.

Sia sufficiente rammentare che la Costituzione repubblicana non è ottriata; non dispensa diritti e libertà quali magnanime concessioni dello Stato sovrano, bensì, assai più ‘modestamente’, si limita a riconoscerli come primigenie fonti di estrinsecazione della persona, a sua volta riconosciuta nella compiutezza della sua dignità. È in ragione di ciò – si ritine di poter dire – che (come sottolineato da un fine costituzionalista, l’unico che ci si consente di citare in questo scritto) – vige una sorta di “*presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali*”<sup>44</sup>, recepite come proprie di ciascuno in quanto semplicemente persona.

Su tali basi, non appare decentrata l’osservazione critica di chi osserva che, per poter vivere, lavorare, studiare, avere una famiglia, nessun uomo è tenuto a dimostrare di essere né alto, bello, biondo, ma neppure normale, sano, vigoroso ... in definitiva ‘conforme’ ad alcun requisito e ‘coperto’ da alcun lasciapassare, non essendo *a priori* nessun uomo tenuto a documentare nulla, perché è sufficiente che si presenti come uomo. Pertanto – portando a compimento il ragionamento che si va esponendo – nessun uomo è tenuto a giustificarsi, perché il sol

<sup>44</sup> BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41.

fatto di essere uomo lo ammette alla vita, che deve essere degna di un essere umano per consentirgli di esplicitare se stesso.

Un tanto sembrerebbe sufficiente a confutare la tesi di chi paragona il *green pass* italiano alla patente di guida: nessuno impone di guidare – si afferma – e, dunque, se taluno vuole muoversi guidando, per garantire la sicurezza altrui e propria, deve saperlo fare, potendolo dimostrare attraverso un documento idoneo qual è la patente; nondimeno – parrebbe non infondato replicare – nessuno deve dimostrare di possedere requisiti di esercizio di diritti e libertà, perché già li possiede, ragion per cui è sufficiente che sia uomo per affermare la propria libertà e pretendere il riconoscimento.

Qui – ci si licenzia di aggiungere – si apre uno spazio di approfondimento che consente di cogliere il senso della ‘positività’ dell’art. 3 Cost., sinora scandagliato nel suo lato ‘negativo’.

La positività dell’art. 3 Cost. rimanda all’esigenza prioritaria di non discriminazione sul rilievo giusnaturalistico che tutti gli uomini sono uguali ed ugualmente liberi.

In negativo, l’art. 3 Cost. consente bensì trattamenti differenziati in funzione di situazioni differenziate: tuttavia il presupposto di una differenza di trattamento è un’effettiva differenza di situazioni.

Proprio a questo proposito il *green pass* italiano non va scevro da dubbi, poiché vien fatto di chiedere quale ontologica differenza affligga un uomo, non portatore di contagio e non malato di Covid, che non possiede il *green pass*, rispetto ad un uomo, non portatore di contagio e non malato di Covid, che lo possiede.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

#### DOCUMENTI

##### *Documenti amministrativi*

- Verbale n. 100 della seduta del 10 agosto 2020 del Comitato tecnico-scientifico presso il Dipartimento della Protezione Civile, in <https://www.istruzione.it/rientriamoascuola/allegati/STRALCIO+VERBALE+N.+100.pdf>
- Piano scuola 2021-2022, in [https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/Piano+Scuola+21\\_22.pdf](https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/Piano+Scuola+21_22.pdf)
- Istituto Superiore di Sanità, in relazione ai vaccini anti-Covid, in

<https://www.epicentro.iss.it/vaccini/covid-19-sviluppo-valutazione-approvazione>  
- Aifa, Determina del 23 dicembre 2020, Rep. 154/2020, in  
[https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1281388/DETERMINA\\_154-2020\\_COMINRATY.pdf](https://www.aifa.gov.it/documents/20142/1281388/DETERMINA_154-2020_COMINRATY.pdf)  
- Ministero della Salute, circolare 11 agosto 2021, n. 36254, in  
<https://www.trovanorme.salute.gov.it/norme/renderNormsanPdf?anno=2021&codLeg=82276&parte=1%20&serie=null>  
- Fogli illustrativi e consenso informato dei vaccini anti-Covid, in  
<https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/bancadatifarmaci/farmaco?farmaco=049314>  
[https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer\\_005389\\_049269\\_FI.pdf&sys=m0b1l3](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_005389_049269_FI.pdf&sys=m0b1l3)  
[https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer\\_005438\\_049283\\_FI.pdf&retry=0&sys=m0b1l3](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_005438_049283_FI.pdf&retry=0&sys=m0b1l3)  
[https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer\\_001306\\_049395\\_RCP.pdf&retry=0&sys=m0b1l3](https://farmaci.agenziafarmaco.gov.it/aifa/servlet/PdfDownloadServlet?pdfFileName=footer_001306_049395_RCP.pdf&retry=0&sys=m0b1l3)  
[https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pagineAree\\_5452\\_26\\_file.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pagineAree_5452_26_file.pdf)

#### Notizie

- Adnkronos, *Padre senza Green pass scuola: "Riportatemi i figli o chiamo carabinieri"*, in  
[https://www.adnkronos.com/scuola-padre-senza-green-pass-o-mi-riportate-i-figli-o-chiamo-carabinieri-il-caso-a-caravaggio\\_2MtGi2e9boHQixEkGDDPOn](https://www.adnkronos.com/scuola-padre-senza-green-pass-o-mi-riportate-i-figli-o-chiamo-carabinieri-il-caso-a-caravaggio_2MtGi2e9boHQixEkGDDPOn)  
- Osservatorio legislativo della Fondazione Openpolis, *Perché l'abuso dei decreti legge può diventare un problema*, in  
<https://www.openpolis.it/perche-labuso-dei-decreti-legge-puo-diventare-un-problema/>  
- Id., *I numeri del parlamento nella XVIII legislatura*, in  
<https://www.openpolis.it/i-numeri-del-parlamento-nella-xviii-legislatura>  
- Contributo dal titolo “Green pass, il duro appello del magistrato: C’è un neo totalitarismo”, con il video di Paolo Sceusa, in  
<https://www.nicolaporro.it/green-pass-il-duro-appello-del-magistrato-ce-un-neo-totalitarismo>  
- *Green pass, obbligo lavoratori: Draghi gela tutti sui tamponi gratis*, in  
<https://notizie.virgilio.it/green-pass-verso-obbligo-per-tutti-lavoratori-ultime-1499903>  
- Studio intitolato “Outbreak of SARS-CoV-2 Infections, Including COVID-19 Vaccine Breakthrough Infections, Associated with Large Public Gatherings – Barnstable County, Massachusetts, July 2021” pubblicato il 6 agosto 2021 in  
[https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7031e2.htm?s\\_cid=mm7031e2\\_w](https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/wr/mm7031e2.htm?s_cid=mm7031e2_w)  
- Studio intitolato “How do vaccinated people spread Delta? What the science says” pubblicato il 12 agosto 2021 in

<https://www.nature.com/articles/d41586-021-02187-1>

- Notizia del 24 agosto 2021, in

<https://www.liberoquotidiano.it/news/personaggi/28416418/matteo-bassetti-bufale-nobel-montagnier-vaccini-rincog-di-cosa-soffre.html>

- Intervista a Luc Montagnier in

<https://qds.it/covid-montagnier-vaccini-intervista>

e in

[https://www.mediasetplay.mediaset.it/article/mediasetplay/fuoridalcoro/luc-montagnier-non-sono-contrario-ai-vaccini\\_SE000000000632\\_a26683](https://www.mediasetplay.mediaset.it/article/mediasetplay/fuoridalcoro/luc-montagnier-non-sono-contrario-ai-vaccini_SE000000000632_a26683)

- Intervista a Robert Malone, in

<https://ippocrateorg.org/2021/08/24/irina-boutourline-di-ippocrateorg-intervista-il-dr-robert-malone/>

- Adnkronos, “Vaccino Moderna, Ema: ‘Ipotesi più rischi per cuore dopo seconda dose’”, in

[https://www.adnkronos.com/vaccino-moderna-ema-piu-rischi-per-cuore-dopo-seconda-dose\\_49HciJoaElb0OvomdKcGsx?refresh\\_ce](https://www.adnkronos.com/vaccino-moderna-ema-piu-rischi-per-cuore-dopo-seconda-dose_49HciJoaElb0OvomdKcGsx?refresh_ce)

#### *Contributi autorali*

- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 41

- FOSCHINI G. - TONACCI F., in *La Repubblica*, 17 aprile 2021, in

[https://www.repubblica.it/cronaca/2021/04/17/news/banchi\\_a\\_rotelle\\_il\\_flop\\_cost\\_a\\_caro\\_cento\\_milioni\\_per\\_non\\_usarli-301071548/](https://www.repubblica.it/cronaca/2021/04/17/news/banchi_a_rotelle_il_flop_cost_a_caro_cento_milioni_per_non_usarli-301071548/)

- FUGA F., *Non è possibile revocare il green pass, ma va bene così: ecco il pasticcio*, in <https://www.agendadigitale.eu/sanita/non-e-possibile-revocare-il-green-pass-ma-va-bene-così-ecco-il-pasticcio>

- GALEAZZI G., *Ok dell'Aifa alla terapia contro il Covid. Ecco i tre medicinali autorizzati*, in

<https://www.lastampa.it/topnews/primopiano/2021/09/29/news/ok-dell-aifa-alla-terapia-contro-il-covid-ecco-i-tre-medicinali-autorizzati-1.40754335>

- SILVESTRI C.-STASI C., *Nuovo coronavirus: il punto sui vaccini in sperimentazione*, in

<https://www.ars.toscana.it/2-articoli/4408-nuovo-coronavirus-vaccini-in-sperimentazione.html>

#### GIURISPRUDENZA

##### *Corte costituzionale*

- - Comunicato del 23 settembre 2021 dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale, in

[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20210923171900.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210923171900.pdf)

- Corte cost., Sent., (ud. 21-11-2017) 18-01-2018, n. 5, in  
<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=5>
- Corte cost., Sent., (ud. 22-11-2017) 14-12-2017, n. 268, in  
[https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param\\_ecli=ECLI:IT:COST:2017:268](https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?param_ecli=ECLI:IT:COST:2017:268)
- Corte cost., Sent., (ud. 09-04-2013) 09-05-2013, n. 85, in  
<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2013&numero=85>
- Corte cost., Sent., (ud. 07-03-2012) 26-04-2012, n. 107, in  
<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2012&numero=107>
- Corte cost., (ud. 29-01-2008) 30-04-2008, n. 128, in  
<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2008&numero=128>
- Corte cost., (ud. 06-02-2007) 23-05-2007, n. 171, in  
<https://www.giurcost.org/decisioni/2007/0171s-07.html>
- Corte cost., (ud. 23-02-1998) 26-02-1998, n. 27, in  
<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1998&numero=27>
- Corte cost., (ud. 12-01-1995) 27-01-1995, n. 29, in  
<https://www.giurcost.org/decisioni/1995/0029s-95.htm>
- Corte cost., (ud. 14-06-1990) 22-06-1990, n. 307, in  
<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1990&numero=307>
- Corte cost., (ud. 20-06-1964) 30-06-1964, n. 68, in  
<https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1964&numero=68>

#### *Corte di Cassazione*

- Cass. civ., Sez. 3, 11 maggio 2009, n. 10741, A. c. P. (Rv. 608390 - 01)
- Cass. pen., Sez. 4, 8 maggio 2008, n. 32423, G. (Rv. 241003-01)
- Cass. pen., Sez. 4, 16 gennaio 2008, n. 11335, P.C. in proc. H. (Rv. 238968-01)

#### *Consiglio di Stato*

- Consiglio di Stato, Sez. III, ord., 16 settembre 2021, n. 5130, in *Quot. giur.*, 22 settembre 2021, e in

[https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com\\_content&view=article&id=26488:ds7460\\_2021&catid=20&Itemid=138](https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=26488:ds7460_2021&catid=20&Itemid=138)

*Giurisprudenza amministrativa di merito*

- T.A.R. Trieste, (Friuli-Venezia Giulia) Sez. I, 10 settembre 2021 (ud. 8 settembre 2021), n. 261, in *Diritto & Giustizia*, 14 settembre 2021

*Giurisprudenza straniera*

-- Francia

- Tribunal Administratif de Versailles, Ordonnance du 24 août 2021, n° 2107184-2107186, in <http://versailles.tribunal-administratif.fr/content/download/183619/1781166/version/1/file/2107184.pdf>
- Conseil Constitutionnel, Décision n° 2021 - 824DC, du 5 août 2021, in <https://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=45837&dpath=document&dfile=05082021173204.pdf&content=Primo%2Bpiano%2B%2D%2B%2D%2C%2B%2BSentenza%2Bn%2E%2B824%2F2021%2C%2BIP%2BConseil%2BConsitutionnel%2Bfrancese%2Bsulla%2Bcostituzionalit%C3%A0%2Bdel%2BGreen%2BPas%2B%2D%2Bstati%2Beuropei%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B>

-- Spagna

- Tribunal Constitucional, sentencia n. 148 de 14 de julio 2021, in <https://bj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/-26778>
- Tribunale superiore di Giustizia della Galizia 12 agosto 2021, in <https://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematb=AN&reference=9647947&optimize=20210820&publicinterface=true&tab=AN&calledfrom=searchresults&statsQueryId=166085127&start=3&links=>

ABSTRACT

In un bar-ristorante di una grande città le persone in possesso del *green pass* sono invitate ad esibire in bella vista un bollino rosso che viene loro consegnato all'ingresso. Quelle non in possesso di *green pass* non hanno il bollino e non possono consumare le pietanze ai tavoli.

L'articolo propone spunti per una riflessione critica sulla normativa italiana in materia di *green pass*, mettendola a raffronto del diritto dell'Unione e del diritto costituzionale.

*In a bar-restaurant in a big city, people with the so called green pass are invited to show a red badge in plain sight, given to them when they enter. Those who do not have the green pass do not have even the red badge and can not consume the dishes at the tables. The article claims to offer some ideas for a critical study on Italian legislation about green pass, comparing it with EU law and constitutional law.*

ALFONSO CELOTTO\*

## OBBLIGO DI *GREEN PASS* E BILANCIAMENTO DI VALORI

SOMMARIO: 1. *Green pass* e tutela dei diritti propri e altrui. - 2. Obbligo vaccinale. - 3. Conclusioni sul bilanciamento costituzionale dei diritti.

### 1. *Green pass* e tutela dei diritti propri e altrui.

Dopo settimane di polemiche, siamo arrivati al sostanziale obbligo di *green pass*, anche se con una gradualità dal 6 agosto e poi dal 15 ottobre.

In questi 18 mesi abbiamo visto una politica incrementale sul Covid, scegliendo misure sempre più mirate e (si spera) efficaci. Si era partiti con il *lockdown* generale. Poi si era passati ad autocertificazioni e autodichiarazioni. Ancora, alle zone a colori. Ora al *green pass* sostanzialmente obbligatorio, per fare quasi tutto.

Ma il *green pass* può essere obbligatorio?

Partiamo dai principi.

Le voci contrarie fanno leva sulla nostra libertà, sacra e inviolabile. Alcuni sostengono di non essere una cavia, che lo Stato non può decidere per me. Non mi può obbligare a vaccinarci o usare il *green pass*.

Ma è giusto pensare che sia un discorso di libertà individuale?

Ricordiamo che per secoli diritti e libertà sono stati soltanto di alcuni, nel senso che la società è stata divisa per classi e soltanto all'interno della propria classe si potevano avere diritti. Così è stato per tutta l'antichità, per i Greci, i Romani e fino a tutto il Medioevo: i diritti erano sempre collegati alla facoltà o al potere di un singolo individuo, in ragione della sua appartenenza ad un gruppo.

La legge non era eguale per tutti e i diritti erano di pochi.

Tutto ciò è stato capovolto con il giusnaturalismo e la fine delle monarchie assolute. La libertà dei moderni è del tutto diversa da quella degli antichi. Come ci ha ricordato Benjamin Constant: la libertà degli

---

\* Professore Ordinario di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma tre.

antichi si sostanzia nel coinvolgimento con la vita della *polis*, come espressione della appartenenza alla comunità, mentre la libertà dei moderni consiste nella inviolabilità degli spazi individuali, su base egualitaria.

Così sono nati i nostri diritti individuali, riconosciuti e garantiti dallo Stato.

Ma i diritti di ciascuno di noi sono assoluti e illimitati?

Certo che no. Lo ha detto anche la Corte costituzionale già molti anni orsono: *“I diritti primari e fondamentali dell’uomo diverrebbero illusori per tutti, se ciascuno potesse esercitarli fuori dell’ambito della legge, della civile regolamentazione, del costume corrente, per cui tali diritti devono venir temperati con le esigenze di una tollerabile convivenza”* (sent. n. 168/1971).

Il primo limite ai miei diritti è la tutela dei diritti degli altri.

Posso mettere la musica a tutto volume in spiaggia infischandomene di tutti i vicini? Posso andare in moto senza casco o senza rispettare il semaforo rosso?

Basta riflettere sul limite della convivenza sociale per capire quanto sia importante vaccinarsi e utilizzare il più possibile il *green pass*.

Chi sceglie di non vaccinarsi non può avere gli stessi diritti di chi si vaccina, perché in questa fase soltanto con i vaccini e con l’uso del *green pass* possiamo limitare i contagi.

Io posso anche essere libero di non vaccinarmi, ma non posso essere causa del contagio altrui.

In fondo anche l’art. 32 Cost. ci ricorda che la salute non è soltanto diritto fondamentale dell’individuo, ma anche interesse della collettività.

Perciò è limitativo parlare di vaccini e di *green pass* come se fosse solo un problema di libertà individuale.

Nella nostra società il mio *“io”* deve convivere con *“gli altri”*.

## 2. *Obbligo vaccinale.*

Questo vale anche per l’obbligo dei vaccini, che la legge può disporre ai sensi dell’art. 32 Cost. Ma prima ancora che un diritto o un obbligo, i vaccini sono un dovere civico.

In genere pensiamo alla nostra vita da cittadini in termini di diritti, per essere protetti e riconosciuti dallo Stato nelle nostre libertà

individuali e collettivi, ma spesso dimentichiamo che essere cittadini implica anche doveri.

L'art. 2 Cost. è molto chiaro nell'abbinare i doveri con i diritti: *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”*.

Noi pensiamo che i doveri siano soltanto pagare le (non amate) tasse, prestare il servizio militare (fino a che c'era) e forse votare (che è definito un dovere civico dall'art. 48 Cost.).

Ma ora sta emergendo in maniera interessante che anche vaccinarsi è un dovere. Specie se si appartiene alle categorie che il piano vaccinale ha ritenuto dovessero essere le prime a vaccinarsi, proprio perché legate alla prestazione di servizi essenziali.

Come ha disposto l'art. 4 del DL n. 44 del 2021, *“gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2”*. Aggiungendo che *“la vaccinazione costituisce requisito essenziale per l'esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati”*. E quindi prevedendo sanzioni per chi non si vaccina fino alla *“sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni”*.

Ma dobbiamo ricordare che già una settimana fa il Tribunale di Belluno sul ricorso dei dipendenti delle RSA che (liberamente) non si erano voluti vaccinare ha dato ragione ai datori di lavoro che li avevano collocati in ferie obbligate. Osservando che *“la permanenza dei ricorrenti nel luogo di lavoro comporterebbe per il datore di lavoro la violazione dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c. il quale impone al datore di lavoro di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica dei suoi dipendenti; che è ormai noto che il vaccino per cui è causa - notoriamente offerto, allo stato, soltanto al personale sanitario e non anche al personale di altre imprese, stante la attuale notoria scarsità per tutta la popolazione - costituisce una misura idonea a tutelare l'integrità fisica degli individui a cui è somministrato, prevenendo l'evoluzione della malattia”*.

Pare veramente una costruzione di precisione geometrica che fa tornare alla essenza del nostro vivere associato. Prima ancora che un diritto in nome della salute individuale o di un obbligo in nome di un interesse della collettività, il vaccino per il Covid, in questa situazione,

è un dovere deontologico per le categorie indicate come prioritarie dal legislatore.

Perché la nostra vita associata comporta di adempiere ai “*doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”. È bene non dimenticarlo.

Una precisazione importante.

Perché il governo ha scelto l'obbligo di *green pass* e non l'obbligo di vaccinazione?

Per almeno quattro motivi:

- innanzitutto il *green pass* non è discriminatorio, perché lo si può avere non solo con la vaccinazione o con la guarigione, ma anche con il tampone. Quindi è accessibile facilmente anche a chi non si vuole vaccinare;
- poi va considerata la difficoltà di stabilire una adeguata sanzione per chi non si vaccina. Una multa può diventare semplicemente una tariffa con cui pagare il mancato vaccino. Il carcere sarebbe assolutamente sproporzionato e incoerente. Una sospensione dal SSN o dai diritti civili difficilmente praticabile. Invece, la sanzione per chi non ha il *green pass* è facile e immediata: non si entra in piscina, al lavoro, sul treno, al cinema, allo stadio;
- anche sui controlli la verifica del *green pass* è agevole, mentre quella sul vaccino più difficile anche perché comporta la consultazione di registri sanitari, anche con problemi di *privacy*;
- ancora, va considerato che l'obbligo generale di vaccinazione non è stato posto da nessuno Stato occidentale, dato che in molti si sono limitati a un obbligo per determinate categorie: come in Francia che ha posto l'obbligo vaccinale per i lavoratori sanitari, militari, *caregivers* e pompieri entro il 15 settembre.

Nei prossimi mesi, quindi vivremo con il *green pass*, con tutti i limiti e le perplessità del caso, perché è vero che non è certo che chi ha il *green pass* non contagia e non si può ammalare, ma risulta anche che comunque i vaccinati, se si ammalano, si ammalano meno gravemente e del resto è impensabile fare il tampone a tutti quasi tutti i giorni. Come provano a fare Paesi con molti meno abitanti, come la Danimarca, che è grande come una nostra regione.

### 3. Conclusioni sul bilanciamento costituzionale dei diritti.

A livello sistematico questa pandemia ci ha insegnato quanto possano essere fragili i nostri diritti, anche i diritti di libertà più classici perché possono essere limitati e condizionati dall'interesse generale alla salute.

Il problema è tutto nel bilanciamento.

Sappiamo che il bilanciamento dei diritti deve essere verificato sulla base della ragionevolezza e della proporzionalità della scelta applicativa del legislatore o dell'amministrazione. Anche la giurisprudenza di legittimità si orienta inevitabilmente in tal senso, rilevando come il bilanciamento *“non possa costituire una valutazione in astratto”*; ma un *“accertamento in concreto”* degli interessi coinvolti (così Cass. n. 26767/2016; v. anche cfr. Cass. n. 9561/2017).

In buona sostanza, si opera un bilanciamento in concreto, sulla base di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto la *“Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e ricendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza”* (sono parole della sent. n. 20/2017 della Corte costituzionale).

Del resto, le norme costituzionali nulla ci dicono circa il loro rango e, di conseguenza, nulla ci dicono circa i criteri con cui procedere alla loro ricostruzione. Le ponderazioni, quindi, sono insuscettibili di essere generalizzate, non potendosi mai stabilire se una posizione costituzionale sia sovraordinata ad altre. Le tecniche di bilanciamento allora, più semplicemente, mirano a stabilire se un certo valore, rispetto ad una certa fattispecie, sia prevalente o recessivo rispetto ad altro valore (o principio). Più che un *“definitional balancing”* si opera attraverso un *“balancing ad hoc”* (Ceri).

Si tratta cioè di una verifica non certo sistematica fra i vari diritti in astratto coinvolti, ma piuttosto analitica, da effettuare caso per caso, con riferimento alla specifica fattispecie, affinché l'esercizio di un diritto fondamentale non venga a confliggere con altri interessi e diritti di pari rilievo. Per usare le parole di Paladin, le tecniche di bilanciamento appaiono *“il culmine degli sforzi di sistemazione dell'ordinamento giuridico, riguardato in apicibus”*, pur sfuggendo *“a qualunque canone interpretativo compiutamente prestabilito”*.

Questa impostazione è stata profondamente messa in discussione da parte della dottrina, paventando il rischio di valutazioni del tutto libere e asistematiche e richiamando l'esigenza di interpretazioni più attente al testo, alla certezza e alla prevedibilità delle decisioni, anche per non mettere in crisi la stessa unità dell'ordinamento giuridico. Del resto, una valutazione solo casistica del bilanciamento concreto moltiplica il rischio paventato da Carlo Esposito: affidare alle Corti il ruolo di controllare se le leggi siano *"giuste"*, *"istituendo un presunto regno o una presunta repubblica della giustizia in terra"*, con problemi che rifluiscono sulla stessa legittimazione delle Corti.

Si è allora proposto di procedere alla creazione di un modello di principi-valori, in maniera che si possa individuare una gerarchia di fondo con la quale procedere ai singoli bilanciamenti concreti. Si muovono in questo senso sia le interpretazioni per valori, che rinvencono alla base della Costituzione un ordine oggettivo di valori omogenei (Baldassarre, Luciani) sia le interpretazioni in chiave gerarchica, tentando di creare una tavola di riferimento gradualistica sulla cui base orientare la soluzione dei bilanciamenti concreti (Modugno, Ruggeri).

Non è certo questa la sede per affrontare in maniera compiuta questa problematica, che si intreccia con i tentativi di delineare caratteri e percorsi della interpretazione costituzionale, campo su cui si confrontano costruzioni sofisticate che vanno dalle teorie del circolo ermeneutico e della precomprensione di Gadamer ed Esser, alle teorie dell'argomentazione di Perelman e Giuliani, alla teoria del ragionamento giuridico di Alexy.

Ad ogni modo, la pandemia per Covid ci sta insegnando che il bilanciamento diventa molto delicato e non può che essere effettuato caso per caso, in maniera concreta e rispetto alle singole situazioni, senza precomprensioni o valutazioni aprioristiche.

#### ABSTRACT

Con il seguente articolo, l'Autore spiega i motivi per cui sia il green pass che l'obbligo vaccinale introdotto alcune categorie professionali sensibili debbano essere considerati, nell'attuale frangente di lotta alla pandemia, costituzionalmente legittimi.

L'articolo, che offre profondi spunti problematici di riflessione, mette conclusivamente in luce come la questione di fondo sia rappresentata dall'esigenza, posta dalla Costituzione, di effettuare in concreto un bilanciamento dei diritti confliggenti.

*In the following article, the Author explains the reasons why, in the current situation of the fight against Covid pandemic, both the so-called green pass and the vaccination obligation, introduced for specific more exposed to risk professional categories, must be considered in accordance with the Constitutional law.*

*The article, which offers deep problematic suggestions for reflection, conclusively highlights how the real matter concerns the need, posed by the Constitution, to carry out a concrete balancing of conflicting rights.*

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA\*

## MISURE DI CONTENIMENTO SANITARIO DA COVID-19 E SOPRAVVIVENENZE CONTRATTUALI

SOMMARIO: 1. Epidemia da Covid-19: legislazione dell'emergenza e assenza di disposizioni a carattere generale. - 2. L'esperienza tedesca. La riforma delle obbligazioni del 2002 e il §313 BGB. Applicazione della clausola generale della buona fede oggettiva (§242 BGB). - 3. L'esperienza francese: dalla *force majeure* alla novella codicistica del 2016. La rilevanza giuridica dell'*imprevision*. L'art. 1195 *Code civil*. - 4. Le soluzioni individuate nell'ordinamento domestico. Risoluzione per impossibilità o per eccessiva onerosità sopravvenuta. - 5. Il "pletorico" intervento normativo: l'art. 91, d.l. n.18/2020 (c.d. "Cura Italia") e il d.l. n. 6/2020. La creazione della figura del debitore "immune"? La necessità di un corretto bilanciamento degli interessi meritevoli. - 6. Il diritto locatizio e la sua peculiarità fenomenologica. La giurisprudenza invalsa nelle Corti di merito. - 7. Osservazioni critiche in merito al disegno di legge di riforma del Codice civile. Una occasione persa per il legislatore nazionale. Prospettive ricostruttive.

### *1. Epidemia da Covid-19: legislazione dell'emergenza e assenza di disposizioni a carattere generale.*

La corrente pandemia da SARS-CoV-2<sup>1</sup> ha stravolto le vicende giuridiche inerenti agli ordinari rapporti negoziali. Innanzi a tale catastrofico scenario, tanto gli interpreti che le Corti hanno progressivamente preso coscienza della biasimevole inadeguatezza del nostrano ordinamento giuridico, inerente principalmente alla capacità di governare tali situazioni contrattuali

---

\* Professore associato di Diritto privato comparato e Sistemi giuridici comparati (abilitato all'insegnamento in prima fascia per il settore concorsuale 12/E2), Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Napoli "Parthenope".

<sup>1</sup> Il coronavirus 2 da sindrome respiratoria acuta grave, abbreviato in SARS-CoV-2 (acronimo dall'inglese *severe acute respiratory syndrome coronavirus 2*), come tristemente noto, è un ceppo virale appartenente alla sottofamiglia dei coronavirus. I casi di infezione grave possono causare polmonite, insufficienza renale acuta, sino ad arrivare al decesso. Il virus è stato sequenziato genomicamente per la prima volta dopo un *test* di acido nucleico effettuato sui campioni provenienti da un paziente ricoverato nella città di Wuhan in Cina. Risulta fatto notorio la successiva propagazione globale dell'epidemia sino ai livelli riscontrabili al tempo presente. Per approfondimenti, cfr. AA.VV., *Genomic characterization of the 2019 novel human-pathogenic coronavirus isolated from a patient with a typical pneumonia after visiting Wuhan*, in *Emerging Microbes & Infections*, 2020, vol. 9, n. 1.

tragicamente complesse. È in tale prospettiva che la componente dogmatica e quella pretoria hanno avviato un processo di ricerca euristica, finalizzato ad individuare una base normativa per la praticabilità di soluzioni che fossero rispettose del parametro della buona fede oggettiva, oltreché adeguate, secondo equità, al riequilibrio delle posizioni contrattuali, precedentemente compromesse. Tale affannosa rincorsa al rimedio ritenuto di volta in volta più adeguato è stato nei fatti ostacolata dalla frammentarietà con la quale il legislatore dell'emergenza è intervenuto nel disciplinare e regolare gli effetti scaturenti dall'evento pandemico.

In via preliminare, è da segnalare che una seppur stringata disciplina di risposta a situazioni emergenziali era già contenuta, sin a partire dal 2018, all'interno del codice della protezione civile<sup>2</sup>. L'art. 5 del suddetto decreto costituisce oggi l'ancoraggio normativo che fonda la competenza del Presidente del Consiglio dei Ministri alla emanazione di ordinanze in materia di protezione civile, ancorché la norma fosse già prevista, da tempo, dalla legge di istituzione della Protezione Civile<sup>3</sup>. In via ulteriore, il medesimo testo, in presenza dei presupposti di cui all'art. 7, comma 1, lett. c) (eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità o estensione debbano, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo), consente, ai sensi dell'art. 24, la dichiarazione dello stato di emergenza nazionale<sup>4</sup>. Tali disposizioni rappresentano gli anelli ultimi di una 'catena normativa dell'emergenza' che trova, a sua volta, fondamento nei principi costituzionali<sup>5</sup>. Gli studiosi della materia hanno menzionato a tal proposito l'art. 5 Cost., *sub specie* di principio di indivisibilità della Repubblica. Allo stesso tempo, l'art. 87 Cost. sembra fondare la complementare regola della sua unità<sup>6</sup>. Da tale combinato disposto, e da una

<sup>2</sup> D. lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2018.

<sup>3</sup> Legge 24 febbraio 1992, n. 225, in G.U. n. 64 del 17 marzo 1992. L'art. 1, comma 2, fondava una competenza sostanzialmente analoga a quella descritta dal novello testo unico.

<sup>4</sup> Per approfondimenti, cfr. M. LUCIANI, *Avviso ai naviganti nel mare pandemico*, in *Questione Giustizia*, 2020, 2, p. 6 ss.

<sup>5</sup> Cfr. ID., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *AIC*, 2020, 2, p. 109 ss. In tema anche G.U. RESCIGNO, *La catena normativa. Contributo al tema della fattibilità delle leggi*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 351 ss.

<sup>6</sup> Per approfondimenti, cfr. G. DE MINICO, *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, p. 34 ss. L'autrice invoca altresì il parametro di cui all'art. 120, comma secondo, Cost., secondo il quale il Governo può sostituirsi alle Regioni e agli altri enti territoriali in presenza di "pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica" (cfr. spec. p. 38 ss.).

interpretazione sistematica degli articoli costituzionali prevedenti il rispetto anche di principi fondamentali comuni agli altri Stati, sembra potersi desumere, secondo alcuni, un sovra-principio di *primum vivere e salus rei publicae*<sup>7</sup>.

Si tratterebbe di valori immanenti al sistema, che consentono al legislatore ordinario, e a quello subordinato, di intervenire in via del tutto legittima, con la emanazione di tutti i provvedimenti necessari al fronteggiamento della emergenza del caso concreto. Di conseguenza, dunque, la cospicua serie di decreti-legge che hanno seguito, ancorché con un certo ritardo, la dichiarazione dello stato di emergenza<sup>8</sup>. E, *a fortiori*, sono legittimi i numerosi decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri che si sono susseguiti nel corso del tempo, anch'essi ancorati ai poteri della Presidenza previsti all'art. 5 e all'art. 3 del sopra menzionato decreto legislativo n. 1/2018. Le suddette norme vanno lette in combinato disposto con le singole previsioni degli specifici decreti legge, di cui risultano in ultima analisi, l'attuazione<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. M. LUCIANI, *ult. op. cit.*, p. 113.

<sup>8</sup> Sul ricorrere dei due presupposti della necessità e dell'urgenza, *nulla quaestio*. Sarebbe difficile negare che in una contingenza come quella odierna l'intervento dei "provvedimenti provvisori con forza di legge" previsti dall'art. 77 Cost. sia legittimo, perché ci troviamo nell'ancor più radicale condizione dell'emergenza. Sembra evidente, peraltro, che i decreti-legge in questione non possano essere iterati o reiterati: nonostante la peculiarità dello stato di emergenza, l'art. 77 Cost. non tollera d'esserne dimidiato e pretende d'essere osservato nella sua integralità. Cfr. A. RUGGERI, *Scelte tragiche e Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 24 marzo 2020, n. 4.

<sup>9</sup> Alla fondazione dei decreti sia sul Codice della protezione civile sia sui decreti-legge che hanno seguito la dichiarazione dello stato di emergenza consegue un effetto di rilevante importanza: i decreti possono derogare alle leggi vigenti, ma poiché non è consentito alla fonte legittimata derogare alla fonte legittimante, essi non possono disporre in difformità da quei decreti-legge. Per approfondimenti cfr. U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020, p. 2 ss. Non mancano letture critiche in merito alla legittimità formale e sostanziale degli atti normativi di natura amministrativa che si sono susseguiti nel corso di tale emergenza (ancora in essere); G. PERLINGIERI, *Pandemia da Coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, in *Foro nap.*, 1-2021, p. 77 ss., sottolinea: «Si può, infatti, senz'altro discutere della legittimità formale e sostanziale di taluni provvedimenti emanati a livello nazionale e regionale nello svolgersi dell'evento pandemico... vale dubitare della conformità a Costituzione di scelte di limitazione di diritti fondamentali come libertà personale, di circolazione e soggiorno, riunione, esercizio del culto e iniziativa economica, diritto al lavoro, diritti all'istruzione e alla cultura, di difesa, di voto – visti i rinvii di elezioni regionali e comunali, nonché del referendum costituzionale – compiute mediante la tecnica normativa del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o, a livello locale, delle ordinanze regionali o comunali, tutti atti di natura non legislativa, ma

Ricostruita in tal senso la catena normativa dell'emergenza, è facile avvedersi di come la componente governativa non sia intervenuta in modo uniforme in tema di materia contrattuale. La legislazione dell'emergenza Covid-19 ha toccato diverse aree del diritto privato (*lato sensu* inteso): dall'ambito lavoristico a quello societario (blocco degli obblighi di ricapitalizzazione a fronte di perdite di capitale, neutralizzazione del criterio di continuità aziendale, disapplicazione della postergazione dei finanziamenti a soci e intragruppo); dalle crisi d'impresa (slittamento di un anno dell'entrata in vigore del "codice Rordorf")<sup>10</sup> a numerosi interventi in ambito, appunto, negoziale. La previsione *prima facie* di maggior rilievo portata, per la sua valenza sistemica, è quella introdotta<sup>11</sup> dall'art. 91 del decreto legge n. 18/2020. Essa sembra avere due effetti: da un lato, il richiamo all'art. 1218 c.c. obbliga il giudice a valutare il rispetto delle misure di contenimento del contagio quali possibili cause di esclusione della responsabilità. Dall'altro, il rinvio effettuato all'art. 1223 c.c. sembra suggerire che il *lockdown* intervenuto

meramente amministrativa... A poco rileva che la fonte formale di attribuzione del potere di emanazione sia individuabile, come accaduto nella specie, in un decreto-legge (in particolare il n. 6/2020, in tema di «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19», convertito dalla l. 5 marzo 2020, n. 13, il quale ha attribuito al Presidente del Consiglio il potere di adottare, con uno o più decreti, le "misure urgenti")». Osserva inoltre l'A. sul piano sostanziale, che troppo poco rilievo è stato dato, soprattutto nella fase primigenia dell'emergenza, al bilanciamento degli interessi in gioco (ad es. applicando le stesse misure, troppo rigide e radicali, sia all'interno di metropoli site in Regioni con alta diffusione del virus, che in piccolissimi borghi situati in aree del Paese dove la malattia era di fatto assente. Con riferimento ai decreti legge 6 e 19 del 2020, in particolare alla sanzione amministrativa, divenuta "celebre", di 400 euro, prevista per coloro che fossero stati trovati, senza giustificato motivo, fuori dalle proprie abitazioni, il Giudice di pace di Frosinone aveva sollevato dinanzi alla Consulta questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 76, 77 e 78 Cost. Nell'attesa del deposito della sentenza, il 23 settembre 2021, l'Ufficio stampa della Corte ha anticipato con un comunicato ufficiale la inammissibilità della censura. Ha inoltre giudicato non fondate le questioni relative al decreto legge n.19 in quanto avrebbe semplicemente attribuito al Presidente del Consiglio la funzione attuativa del decreto da esercitare mediante atti di natura amministrativa.

<sup>10</sup> Per approfondimenti, cfr. R. RODOLF, *Il codice della crisi e dell'insolvenza ai tempi della pandemia*, in *Giustizia insieme*, 8 aprile 2020, p. 1 ss.

<sup>11</sup> Convertito con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27, in G.U. n. 110 del 29 aprile 2020. La norma di cui all'art. 91 testualmente recita: «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti».

in corso di pandemia costituisca evento idoneo a interrompere il nesso di causalità<sup>12</sup>. Vi è poi una norma settoriale introdotta<sup>13</sup> attraverso l'art. 28 d.l. n. 9/2020. Riguarda tutti coloro che abbiano acquistato titoli di viaggio (biglietti ferroviari, aerei, per autobus di linea, navi, traghetti ecc.) e non siano in grado di utilizzarli per ragioni di impedita mobilità da misure anti-contagio (soggetti in quarantena, abitanti in zone rosse, diretti in paesi stranieri che negano l'ingresso) oppure non abbiano più interesse a utilizzarli per altre ragioni legate a dette misure (il concorso o la manifestazione o lo spettacolo per cui intendevano spostarsi sono stati cancellati o rinviati). La previsione è che il vettore rimborsi il prezzo del biglietto o emetta un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno<sup>14</sup>. L'art. 88 d.l. n. 18/2020 estende questa disciplina ai contratti di soggiorno (in strutture alberghiere o assimilate), ai contratti per l'accesso a spettacoli di ogni genere, nonché a musei o altri luoghi della cultura. Si tratta, però, di norme non solo disorganiche e frammentate, ma potenzialmente aporetiche. A titolo esemplificativo, più opportuna sarebbe stata, invece, una norma relativa ai rimedi sinallagmatici, tesa a stabilire se, e in che misura, l'emergenza (che non è prodotta solo dal rispetto delle misure di contenimento, posto che nelle filiere produttive tutto si propaga) possa giustificare la sospensione dell'obbligo della prestazione, sterilizzando così non tanto la richiesta di risarcimento, quanto la domanda di risoluzione. Magari distinguendo contratto da contratto, perché - com'è evidente - non tutte le operazioni economiche sono uguali, sia per tipologia che per qualifica dei soggetti contraenti<sup>15</sup>.

In mancanza di tale norma, si è altresì considerato che il ricorso alle categorie, alle regole, ai principi contenuti nel codice civile (specie quelli su inadempimento, responsabilità e sopravvenienze), con le integrazioni e gli

<sup>12</sup> La norma riguarda il nesso di causalità "giuridica" (fra danno-evento e danno-conseguenza) ai fini della determinazione del risarcimento dovuto e della necessaria selezione fra danni risarcibili e non risarcibili. Sarebbero dunque non passibili di ristoro quei danni che il creditore (o in genere il danneggiato) avrebbe ugualmente subito per effetto dell'inadempimento (o dell'illecito extracontrattuale) anche in assenza di *lockdown*. In tal senso V. ROPPO, R. NATOLI, R. CONTI, *Contratto e Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 28 aprile 2020, p. 3 ss.

<sup>13</sup> In G.U. n. 53 del 23 marzo 2020.

<sup>14</sup> Ovvio che (trattandosi di obbligazione alternativa, in cui la scelta spetta al debitore ex art. 1286, comma 1) il vettore sceglierà di emettere il *voucher* piuttosto che restituire i soldi (mentre il viaggiatore, altrettanto ovviamente, preferirebbe i soldi). Ma è la soluzione più equa perché, salvando il contratto di viaggio anziché cancellarlo, ripartisce il peso dell'evento in modo "solidaristico". Cfr. V. ROPPO, R. NATOLI, R. CONTI, *cit.*, p. 4.

<sup>15</sup> Cfr. ID., *ibidem*.

affinamenti operati dagli interpreti, potrebbero apparire inadeguati a coprire le esigenze e i problemi aperti dal Covid-19. Nella logica del legislatore del 1942, a fronte di inadempimenti e soprattutto sopravvenienze, l'unico rimedio concepibile per affrontare siffatti fattori di disturbo del rapporto contrattuale è lo scioglimento di quest'ultimo. Ma è una logica insufficiente, nel momento in cui emerge che in tante occasioni il rimedio appropriato per gestire i disturbi del rapporto non è la sua cancellazione, quanto piuttosto la sua rimodulazione. In principalità, per la via della rinegoziazione, in via graduata per quella di aggiustamento giudiziale<sup>16</sup>. Di qui l'esigenza necessitata di un "ripensamento ordinamentale", dettato dall'emergenza.

È in tale prospettiva metodologica che appare necessaria un'indagine circa i rimedi correntemente praticati presso le esperienze straniere. Gli ordinamenti alemanno e francofono sembrano oramai giunti a soluzioni univoche e certe, finalizzate definitivamente a ristabilire il sinallagma perturbato dalle più eterogenee vicende umane sopravvenute. L'analisi di tali discipline fornirà la chiave di volta necessaria a fondare un progetto ricostruttivo, *de iure condendo*, che possa fornire certezza ai traffici giuridici e un giusto riequilibrio delle prestazioni.

2. *L'esperienza tedesca. La riforma delle obbligazioni del 2002 e il §313 BGB. Applicazione della clausola generale della buona fede oggettiva (§242 BGB).*

Sulla spinta delle pressioni provenienti dall'*acquis* comunitario e internazionale, anche i singoli ordinamenti giuridici del vecchio continente hanno avviato un processo di 'rivitalizzazione' dei grandi 'Codici', sopravvissuti alla stagione ottocentesca di stampo strettamente volontaristico, ma per molti studiosi oggi equivalenti a una 'lettera morta'<sup>17</sup>. Ciò che si è verificato nel corso del tempo è la progressiva opera di de-codificazione di aspetti settoriali del diritto civile, rivisitati da direttive euro-unitarie poi recepite con leggi speciali. Per tale via, il diritto dei consumatori, la disciplina dei contratti bancari e di quelli finanziari, sono stati asportati dall'originario alveo codicistico, creando una eterogeneità di *corpora* normativi, determinante una sempre maggiore entropia di sistema. Allo stesso tempo, principi e istituti generali enunciati dalle norme tradizionali sono poi risultati anacronistici e di difficile applicazione alle nuove situazioni sociali (si pensi, ad esempio, ai

<sup>16</sup> In tal senso anche A.M. BENDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020.

<sup>17</sup> Così, testualmente, S. GRUNDMANN, M. SCHÄFER, *Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 2, p. 317 ss.

contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali<sup>18</sup>). Pertanto, a partire dall'inizio del nuovo secolo, si è avvertita l'esigenza di un ritorno alle origini, di un inverso processo di riconduzione a unità che affidasse nuova centralità al *codex*. Una operazione siffatta intanto poteva essere compiuta in quanto si rivisitasse organicamente il testo originario delle codificazioni, tanto francese quanto alemanna, e ciò costituì l'occasione per un adeguamento di principi e per l'introduzione di nuovi istituti, maggiormente flessibili. Questo processo di rivitalizzazione ha interessato anche la disciplina delle sopravvenienze contrattuali e la giuridica rilevanza dell'obbligo di rinegoziazione.

In Germania, la riforma<sup>19</sup> del diritto delle obbligazioni e dei contratti intervenuta nell'anno 2002 si pone come risposta ideale all'esigenza di accogliere, nell'ordinamento giuridico interno, la Direttiva comunitaria in materia di vendita di beni di consumo<sup>20</sup>. La componente legislativa, in luogo di incorporare in una legge settoriale tale disciplina (come è accaduto in Italia, ove si è preferito accorparla al codice del consumo), ha colto l'occasione per inserire organicamente la materia nel testo tradizionale codicistico, riformando nel frattempo tutto quanto fosse risultato vetusto e non adeguato alla disciplina dei casi concreti. La conseguenza di tale opzione è che all'attualità, in Germania, la disciplina dei contratti di vendita di beni di consumo non si applica esclusivamente nell'ambito consumeristico, ma, in via generale, a tutti i contratti, sia di vendita che non, sia che si tratti di contratti stipulati da un soggetto professionale che da un consumatore<sup>21</sup>.

Per quanto riguarda i profili principali che influenzano il diritto dei contratti in generale, i legislatori di entrambe le riforme hanno sostanzialmente modificato il loro regime in materia di inadempimento – non sempre

<sup>18</sup> La cui disciplina è stata introdotta, a livello europeo, dalla Direttiva n. 85/577/CE, varata dal Consiglio il 20 dicembre 1985.

<sup>19</sup> Avvenuta con la legge 26 novembre 2001, *Bundesgesetzblatt* I, p. 3138.

<sup>20</sup> Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, OJEC 1999 L 171/12; per quanto riguarda la letteratura su questa misura, si veda C.M. BIANCA, S. GRUNDMANN, *EU Sales Directive – Commentary*, Colonia, 2002; G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore – l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000; S. PELLET, *La garantie légale des biens de consommation – étude comparée des droits français, anglais et communautaire*, Villeneuve, 2003.

<sup>21</sup> Per un approfondimento sulla disciplina consumeristica e sul suo campo di applicazione nel diritto italiano si rinvia ad A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2020. Sulla riforma del diritto tedesco si veda H. DÄUBLER-GMELIN, *Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform - Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 2281-2289, spec. 2281-2284.

all'unisono, bensì in modo parallelo. La rimodulazione del regime sulla violazione del contratto è stata probabilmente più importante per il legislatore tedesco nel 2002 che per il progetto di riforma francese. Il regime tedesco precedente era particolarmente complicato e insoddisfacente. Esso era caratterizzato dalla definizione di una moltitudine di forme di inadempimento, che sono state poi oggetto di una disciplina eccessivamente complessa in materia di termini di prescrizione (che andavano dai 6 mesi ai 30 anni), innescando così numerose controversie nella *law in action*<sup>22</sup>. Una delle principali incertezze di questo ordito riguardava la definizione del presupposto della rescissione. *L'ubi consistam* è che questo rimedio sia una soluzione gravosa, soprattutto per il venditore, che non solo perde il guadagno del contratto (spesso circa il 30% del corrispettivo), ma riceve anche la restituzione del bene/servizio (con una riduzione, talora elevata, del suo valore, per via dell'uso) e può dover sostenere i costi di restituzione (trasporto, rimozione e reinstallazione di beni sostitutivi). *Ergo*, la rescissione costituisce una soluzione onerosa, nonché un forte incentivo per ciascuna parte, ma soprattutto per il venditore/fornitore di servizi, a rispettare gli obblighi previsti dal contratto.

In tale prospettiva, posta la economica inconvenienza dell'esperimento dei rimedi risolutivi o rescissori, uno dei punti focali della riforma del diritto delle obbligazioni si è incentrato sull'alterazione del fondamento negoziale, ad oggi disciplinato dal 'nuovo' §313 BGB<sup>23</sup>. Dal tenore letterale del paragrafo si comprende, *ictu oculi*, che si tratta di una norma destinata a correggere il principio "*pacta sunt servanda*", per evitare che le parti restino vincolate ad un

<sup>22</sup> Cfr. S. GRUNDMANN, *Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach*, in *European Review of Contract Law*, 2007, 3, p. 121 ss.

<sup>23</sup> Il § 313 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) recita come segue: «1. Se le circostanze, divenute base del contratto, sono alterate dopo la conclusione del contratto in modo talmente rilevante che le parti, se avessero previsto quest'alterazione delle circostanze, non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso, ciascuna parte può chiedere all'altra l'adeguamento del contratto in quanto non può presumersi per una parte di rimanere vincolata al contratto invariato, considerando tutte le circostanze del singolo caso, e in particolar modo la ripartizione del rischio contrattuale o legale. 2. All'alterazione delle circostanze equivale la situazione in cui le idee essenziali delle parti, divenute base del contratto, si rivelino erronee. 3. Nel caso in cui un adeguamento del contratto non sia possibile o non possa essere preteso da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei contratti di lunga durata il diritto di risolvere il contratto sostituisce il diritto al recesso dal contratto stesso». Per una visione comparata in tema di gestione delle sopravvenienze, si abbia riguardo a C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019, *passim*.

contratto il cui adempimento comporterebbe per una di esse un'ingiustizia insopportabile. I prerequisiti di una tale modifica, tuttavia, sono rigidi. Si necessita un'alterazione veramente grave e profonda delle condizioni esterne che sono divenute, per ambedue le parti, esplicitamente il fondamento del contratto concluso. La metamorfosi di quelle condizioni deve essere talmente incisiva sull'equilibrio del contratto che sarebbe inconcepibile insistere sull'adempimento del negozio inalterato. È poi fondamentale notare come la norma preveda, di regola, non lo scioglimento, ma l'adeguamento del contratto in modo da salvaguardare il più possibile il rapporto creato dalle parti in base alla propria autonomia contrattuale. La giurisprudenza alemanna aveva concepito, prima della riforma del 2002, l'adeguamento del contratto come un automatismo legale, che richiedeva soltanto la determinazione e la conferma, da parte del giudice, delle nuove condizioni contrattuali già subentrate per via di legge, ma imprevedibili per le parti. Nella nuova normativa è, invece, previsto che siano le medesime a decidere in che modo, quanto e in che senso, vogliano modificare il contratto. Lo strumento giuridico per arrivare a questo effetto non è più un automatismo di adeguamento. La nuova norma concede invece alla parte svantaggiata la pretesa di chiedere al contraente una modificazione del contratto. Se quest'ultimo si rifiuta di entrare in trattative, la parte svantaggiata ha il diritto di citarlo in giudizio per ottenere l'adeguamento<sup>24</sup>.

Si tratta di un rimedio germogliato sul tronco fertile del principio di buona fede oggettiva previsto dal §242 BGB. In una prima versione, il BGB presentava una clausola di buona fede molto più ampia dell'attuale, poi suddivisa nei paragrafi 157 e 242. Tale partizione non è, di per sé, indice di una volontà del legislatore di limitare la portata fenomenologica del canone di buona fede. Il par. 242 deve la sua rilevanza innanzitutto ai giuristi dell'epoca successiva alla emanazione del codice (avvenuta, come noto, nell'anno 1900): essi interpretarono la norma in modo da estenderne la sua accezione oltre la fase di esecuzione del contratto. Sarebbe poi seguito, il lavoro delle Corti che, con "obbedienza ragionata", cominciarono a riempire di contenuto quella formula altrimenti troppo vaga. È quindi solo nell'epoca dello Stato sociale che il par. 242 BGB verrà trasformato da semplice "ghianda normativa" in una "quercia giurisprudenziale", che estenderà i suoi rami a moltissimi settori

<sup>24</sup> Cfr. U. STEIN, *La modernizzazione del diritto delle obbligazioni del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB – Codice civile tedesco) sulla base della Legge del 2001 sulla riforma del diritto delle obbligazioni (Schuldrechts-Modernisierungs-Gesetz)*, *Lezioni fiorentine* 10/11/12 aprile 2017, in [personaemercato.it](http://personaemercato.it)

del diritto tedesco<sup>25</sup>. Proprio per tale motivo si segnala, in dottrina, che l'innovazione apportata dalla disposizione appena mentovata fa capo, del resto, a una giurisprudenza ormai ultrasecolare, risalente a tempi addirittura anteriori al BGB e incrementatasi nei periodi successivi alle due guerre mondiali, sicché la nuova regola, nel 'codificare' la massima giurisprudenziale consolidata, costituisce una "modernizzazione" in senso lato e dunque piuttosto relativo, utile soltanto a confermare, con la veste e il crisma del diritto positivo (simbolicamente più incisivo in quanto consacrato nel codice civile) un principio da tempo consolidato e indiscusso nel diritto vivente<sup>26</sup>.

In sostanza, in modo analogo a precedenti orientamenti di diritto vivente, il paragrafo 313 pone un obbligo giuridico di rinegoziazione, che risulta la conseguenza ontologicamente necessaria di una ipotesi di *Wegfall* (caducazione o eliminazione di situazioni antecedenti) o, nella dizione attuale della norma, di *Störung* (interferenze sopravvenute sul rapporto negoziale). Attualmente, a seguito della novella normativa, è indiscutibile che l'obbligo giuridico sia realmente tale. Del resto, nel senso che i contraenti hanno l'obbligo di collaborare (*mitwirken*) per giungere all'adeguamento del contratto, si è pronunciata anche la Corte Suprema tedesca. Essa ha più volte ribadito che «il diritto della parte svantaggiata da un'interruzione della base contrattuale di modificare il negozio obbliga l'altra parte a collaborare alla modifica». Ancora, «reclamo e obbligo sono due facce dello stesso diritto»: con ciò si intende dire che il diritto a pretendere l'adeguamento del contratto, implica l'esistenza dell'obbligo di adeguare il medesimo attraverso la rinegoziazione<sup>27</sup>. L'obbligo trova giustificazione nel principio di buona fede, nel senso che ogni singola parte è tenuta a comportarsi secondo correttezza nella esecuzione delle prestazioni e, soprattutto, ai sensi del §242 BGB, il creditore è tenuto ad agevolare, per quanto possibile, il debitore nell'adempimento. Se ciò è vero, in quanto si tratta di regola corrispondente a principi solidaristici immanenti all'ordinamento (art. 1 della Legge fondamentale tedesca, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* del 1949), l'agevolazione nell'adempimento significa anche, a valle, obbligo di rinegoziare in caso di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili.

Il principio è stato applicato con successo anche alle sopravvenienze

<sup>25</sup> Cfr. L. CRUCIANI, *La clausola generale di buona fede secondo il pensiero giuridico contemporaneo*, relazione presentata nel corso del Convegno "Privato, pubblico, globale nella prospettiva del diritto comparato", Enna-Catania, 28-29 maggio 2010.

<sup>26</sup> Cfr. F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione ai tempi della crisi*, in *Giustizia Civile*, 2014, 3, p. 825 ss.

<sup>27</sup> Le proposizioni virgolettate sono tratte da BGH, Urt. v. 30. 9. 2011 – V ZR 17/11 (OLG Hamm), in *NJW*, 2012, 373, commentata da J.D. LÜTTRINGHAUS, *Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage*, in *AcP* 213 (2013), p. 266 ss.

contrattuali derivanti dalla pandemia SarS-CoV-2, e in particolare ai contratti di locazione di immobili a uso commerciale. Al tempo presente, risulta un'unica pronuncia fondamentale da parte della Corte Suprema federale, intervenuta esattamente su tali fattispecie <sup>28</sup>. È da sottolineare preliminarmente che la pronuncia acquisisce immensa rilevanza alla luce del fatto che, in Italia ma anche in buona parte degli altri Paesi del vecchio continente, mancano simili arresti delle relative Corti di ultima istanza. Al momento in cui si scrive, e a livello europeo, sembra che solo la *Bundesgerichtshof* abbia provveduto a orientare gli interpreti, con soluzioni che, *mutatis mutandis*, sembrano estensibili anche ad altre esperienze.

Il *case law* riguardava due parti che avevano concluso un contratto di locazione di un immobile adibito a uso commerciale. Nel corso della pandemia esplosa tra i mesi di febbraio e marzo 2020, l'Autorità regionale locale e il Governo centrale avevano emanato talune ordinanze di urgenza, disponenti la chiusura dei locali commerciali. La mancanza di entrate pecuniarie in capo al debitore della prestazione locatizia aveva determinato un suo inadempimento circa l'obbligo di pagamento del canone. È da precisare che la parte debitrice già versava in precedenza in uno stato di insolvenza, tanto che una agenzia di riscossione del credito aveva provveduto a pignorare uno dei conti correnti del debitore. Ciò nonostante, si era riscontrato un parziale pagamento dei canoni dovuti per i mesi successivi, a partire da giugno 2020. La Corte Suprema federale chiarisce che la incidenza di provvedimenti di diritto pubblico (*factum principis*) costituisce circostanza idonea ad alterare significativamente il fondamento della contrattazione, ai sensi di quanto previsto dal § 313 BGB. Ciò, per altro, non vale solo per i mesi di febbraio e marzo 2020, ma anche per quelli che vanno da aprile a giugno del medesimo anno, posto che nel medesimo periodo sono state promulgate leggi e altri provvedimenti che, nel diritto civile, del lavoro e anche in quello fallimentare, sono finalizzati a proteggere i lavoratori dal pericolo di licenziamento, e gli imprenditori dal rischio di insolvenza. La *ratio legis* risiede nella circostanza che il legislatore abborri ipotesi in cui la parte debole del rapporto subisca conseguenze pregiudizievoli. Secondo l'interpretazione adottata dai giudici berlinesi, l'applicazione del § 313 BGB al caso di specie si fonda su una base di tipo "commerciale", una di tipo ipotetico, e una di tipo normativo. Quanto alla argomentazione di carattere aziendale o commerciale, è da sottolineare che entrambe le parti potevano essere considerate, con riguardo alla specifica attività da ciascuna esercitata, soggetti di tipo professionale. Il contratto di locazione era stato concluso affinché il locatario potesse gestire una sala

<sup>28</sup> BGH, 1° aprile 2021, 8 U 1099/20, in *openJur* 2021, 16286 (<https://openjur.de/u/2336856.html>).

giochi. È del tutto naturale ritenere che, ai tempi in cui il contratto fu concluso, l'esplosione di una pandemia con conseguente cessazione della vita pubblica e chiusura dei locali di ritrovo sociale, non costituiva una di quelle eventualità che le parti, ordinariamente, potevano includere nella nozione di rischio connesso all'esercizio di quella attività imprenditoriale specifica. È proprio poiché l'evento nefasto epidemiologico non costituisce un rischio ordinariamente collegato all'esercizio commerciale di una sala giochi, che è possibile affermare che i provvedimenti pubblici di chiusura siano idonei a determinare un inaspettato mutamento dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali<sup>29</sup>.

L'argomento ipotetico, professato dalla Corte Suprema, si basa su un giudizio controfattuale. In breve è necessario verificare se le parti, qualora avessero conosciuto in anticipo la imminente pandemia, sarebbero pervenute comunque alla conclusione del contratto, e se lo avessero concluso alle medesime condizioni e ai medesimi termini in cui lo hanno effettivamente stipulato nel tempo passato. Qualora la risposta a tale domanda sia negativa, risulta del tutto evidente che gli eventi sopravvenuti debbano essere considerati idonei a incidere sul sinallagma contrattuale<sup>30</sup>.

Il nodo gordiano, tuttavia, nella logica motivatoria, appare quello normativo strettamente ancorato al disposto del §313 BGB. Una interpretazione ragionevole di tale ultimo, porta a ritenere che nessuna delle due parti può essere tenuta a sopportare, per l'intero, ogni possibile ed astrattamente verificabile tipologia di rischio o di avversità. Né il creditore, né il debitore, infatti, sono lasciati per così dire "allo scoperto" dagli apparati legislativi, quando vengano a verificarsi eventi che fuoriescono dall'area del rischio ordinario o comunque 'consentito' per quella tipologia specifica di impresa, o attività professionale esercitata. Ai sensi del §313, e ancor più ai sensi del §242 BGB, deve ritenersi ragionevole che, in presenza di siffatti imprevisti, entrambi i paciscenti sopportino, congiuntamente, le conseguenze lesive derivanti dai medesimi.

Se tale è la regola deducibile dal principio di buona fede e da quello di

<sup>29</sup> Nel medesimo senso, OLG Dresden, 24 febbraio 2021, 5 U 1782/20 (in <https://openjur.de/u/2323064.html>). A parere della Corte di secondo grado, e contrariamente da quanto ritenuto in primo grado dalla Corte regionale di Chemnitz, è possibile per il giudice, ai sensi del §313 BGB, ridurre il canone di locazione della metà, in considerazione della circostanza che i provvedimenti di urgenza emanati hanno impedito alla convenuta in giudizio di esperire la sua attività commerciale di vendita al dettaglio di materiali tessili. Per il periodo in cui l'attività in esame non ha subito restrizioni di chiusura, il canone locatizio è invece dovuto per l'intero.

<sup>30</sup> Argomento, questo ultimo, già adoperato in precedenza da LG Heidelberg, sentenza del 30 luglio 2020 - 5 O 66/20, in openJur.de.

adeguamento del contratto, il corollario che costituisce la soluzione del caso di specie si concretizza in quanto segue: per il periodo di chiusura totale della attività commerciale, il canone di locazione deve essere ridotto dal giudice alla metà. Invece, nei periodi privi di restrizioni, il canone dovrà essere corrisposto per l'intero. Non può essere accolta, poi, la richiesta di scioglimento del contratto che era stata avanzata dalla controparte. Si tratterebbe di una soluzione contraria alla buona fede oggettiva, ma anche irragionevole sul piano della convenienza economica, posto che entrambe le parti hanno interesse alla prosecuzione del rapporto e che entrambe possono continuare a trarre da esso un utile, anche se in misura minore di quanto originariamente previsto.

Interessante è la presunzione (passibile di prova contraria) elaborata pretoramente dalla medesima Corte Suprema. Essa sancisce che, quando la chiusura di una attività commerciale si prolunghi per almeno un mese o anche di più, debba presumersi, anche in assenza di specifica allegazione, la esistenza di “conseguenze esistenziali significative”, idonee a giustificare, anche dal punto di vista dell'equità, una riduzione del canone locatizio<sup>31</sup>.

In conclusione, ciò che assume rilevanza agli occhi della Corte Suprema è un attento scrutinio del nesso eziologico. Bisogna verificare se la ragione dell'inadempimento risieda realmente e causalmente nell'evento sopravvenuto di tipo imprevedibile. Una volta conclusa tale prima fase di verifica, dovrà seguire un ulteriore controllo circa l'ordinario rischio che normalmente una parte assume nella contrattazione specifica oggetto di causa, e circa eventuali coincidenze tra rischio ordinario ed evento poi concretamente verificatosi. Solo se l'evento non coincida con quelli che possano rientrare nell'area del rischio ‘consentito’, potrà concedersi al debitore che sia incolpevole, il diritto di chiedere al giudice (in mancanza di accordo col creditore) una rimodulazione delle condizioni negoziali. È allora possibile avvedersi di come il rimedio introdotto con la riforma del diritto delle obbligazioni abbia dato buona prova di sé, nell'ambito della crisi determinata dalla pandemia. In un momento storico di fortissimo *stress* ordinamentale, la clausola di cui al §313 BGB ha svolto la funzione di ‘valvola di sicurezza’, che ha impedito il collasso dell'intero circuito economico-contrattuale. Il punto di forza della disposizione nascente dalla novella del 2002 è che, analogamente a quanto aspirerebbero i Principi Unidroit (che tuttavia restano relegati all'area del *soft law*), essa pone un vero e proprio obbligo giuridico, coercibile dal giudice qualora la parte si comporti (come se fosse) in malafede. Deve essere individuato in tale profilo, il segreto della “formula di successo” del rimedio della rinegoziazione. Quando i presupposti del suo utilizzo siano chiari e ben

<sup>31</sup> Cfr. par. 122 sent. cit.

determinati (evento del tutto imprevedibile, fuoriuscita dal rischio ordinario, sopravvenienza rispetto al periodo della stipulazione), si tratta di rimedio che non lede la certezza dei traffici giuridici, e che anzi contribuisce alla redistribuzione delle perdite secondo modalità solidaristicamente accettabili<sup>32</sup>.

3. *L'esperienza francese: dalla force majeure alla novella codicistica del 2016. La rilevanza giuridica dell'imprevisione. L'art. 1195 Code civil.*

Il diritto delle obbligazioni è stato oggetto di riforma anche in Francia nell'anno 2016: in particolare a far data dal 1° ottobre è entrato in vigore il decreto 10 febbraio 2016, nr. 131 che ha profondamente innovato il Codice Napoleone in materia di obbligazioni e contratti. Si è sicuramente trattato di una delle riforme più significative e radicali del Codice civile francese a far data dalla sua promulgazione nel 1804<sup>33</sup>.

Il Codice Napoleone nella sua formulazione originaria non aveva disciplinato la clausola *rebus sic stantibus* e più in generale aveva dato uno scarso margine anche alla rescissione del contratto per lesione. Si riteneva infatti pericoloso dar ingresso nel codice ai c.d. istituti equitativi. In queste condizioni per molto tempo la giurisprudenza francese ha sistematicamente negato ogni rilevanza alla sopravvenienza contrattuale in rigoroso ossequio al principio *pacta sunt servanda*<sup>34</sup>. Emblematica a questo proposito appare una famosa sentenza pronunciata nel 1876 dalla Corte di Cassazione, comunemente nota come *affaire du Canal de Craponne*, in cui si nega alla radice ogni spazio di operatività alla teoria dell'imprevisione<sup>35</sup>. Si tratta di una teoria

<sup>32</sup> Per approfondimenti sugli effetti della pandemia nella contrattualistica locatizia tedesca si rinvia a V. BARBA, *I rapporti contrattuali nel periodo di pandemia tra norme emergenziali e diritto comune*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2020, 2, p. 14 ss. Più in generale sulla rinegoziazione e sulla allocazione del rischio si veda V.M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 165 ss. In chiave critica rispetto al criterio del riparto del rischio economico N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, p. 11 ss.

<sup>33</sup> Su cui si veda D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss.

<sup>34</sup> Cfr. P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano 1992, 85 ss.; P. ABAS, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riguardo alle sopravvenienze contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2018, 1, p. 27 ss.

<sup>35</sup> Cass. civ., 6 mars 1876, 6, D.P. 1876, I, 193. La Corte di Cassazione francese respinge l'ipotesi di un riesame del contratto da parte del giudice, anche se si è in presenza di un profondo mutamento delle circostanze che incidono sulla congruità del contratto. Poiché "gli accordi legalmente formati sostituiscono la legge per chi li ha stipulati" (*ex art. 1134 code civil*), non occorre autorizzare il giudice a porsi al di sopra della legge voluta dall'autorità delle parti. Finché le condizioni essenziali del

giuridica che prevede che, nell'ambito dell'esecuzione di un contratto, una modifica generale del suo equilibrio a causa di un cambiamento di circostanze non prevedibili al momento dell'esecuzione, impone un riesame da parte del giudice, a vantaggio della parte lesa dalle mutate circostanze<sup>36</sup>.

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, tuttavia, la giurisprudenza della *Cour de Cassation* ha rivalutato tale principio riconoscendo, in alcuni casi specifici, l'obbligo di rinegoziare un accordo per una delle parti, in nome del principio secondo il quale le pattuizioni devono essere eseguite in buona fede, senza tuttavia consentire la modifica o la risoluzione da parte del giudice di una clausola del contratto al mutare delle circostanze<sup>37</sup>. In particolare, una pronuncia di poco più di dieci anni orsono, sembra aver apportato un cambiamento significativo. La Suprema Corte aveva infatti censurato una decisione con la quale il giudice di appello non aveva indagato sul fatto che un cambiamento profondo e imprevedibile delle circostanze economiche, potesse aver avuto luogo, senza quindi riconoscere che ciò costituiva evento idoneo a mettere in dubbio la debenza della prestazione da parte del debitore<sup>38</sup>.

---

contratto sono soddisfatte, non è necessario rivedere il contratto. In dottrina si veda C. GIUSTI, *op. cit.*, p. 124 ss. Di particolare interesse fu invece la pronuncia del Consiglio di Stato francese del 1916 nell'altresì noto *arrêt Gaz de Bordenax*, il quale riconobbe alla società fornitrice di gas naturale al comune di Bordeaux il diritto alla rinegoziazione dell'accordo stipulato prima dell'esorbitante aumento del costo del carbone (lievitato in pochi anni a cause degli eventi bellici mondiali da 20 franchi /ton alla considerevole cifra di 174 franchi /tonn. Tale pronuncia, che effettuava un *revirement* di quella di primo grado, si fondava sul principio della superiorità del buon andamento e della continuità dei servizi pubblici rispetto alle condizioni contrattuali. Tale erosione del principio cardine *pacta sunt servanda*, non ebbe inizialmente seguito in particolare modo nei giudici di natura privatistica. Cfr. V. DI GREGORIO, *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprevision nel code civil francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2018, p. 392 ss.

<sup>36</sup> Per approfondimenti, cfr. E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "Révision pour imprévision"*, in *Persona e Mercato*, 2018, 1, p. 131 ss.; F. ANCEL, *Quel juge pour le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle?*, in *Recueil Dalloz*, 2017, 13, 721 ss.; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAUTERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, XV éd., Paris, 2017, p. 508 ss.; D. HOUTCHIEFF, *Droit des contrats*, II éd., Paris-Bruxelles, 2016, p.442 ss.

<sup>37</sup> Cfr. Soc. 25 février 1992, no 89-41.634, e Com. 3 novembre 1992 no 90-18.547, in *Légifrance*.

<sup>38</sup> *Cour de cassation*, Chambre commerciale, 29 juin 2010, no. 09-67.369, in *Légifrance*. La pronuncia, nota come caso «SOFFIMAT», aveva a oggetto un contratto della durata pari a dodici anni, stipulato nel 1998. Oggetto della prestazione era la manutenzione di motori industriali ad intervalli periodici, pari ad ogni 30.000 ore di funzionamento. La società Soffimat procedeva a richiedere un aumento del

Una tale avversione e, in seguito, timida apertura verso la teoria della imprevisione contrastava con l'accoglimento diffuso della dottrina della forza maggiore, in forza della quale un evento straordinario e imprevedibile esonerava da ogni responsabilità. Si palesava una scissione tra ambito contrattuale, ove non era possibile addivenire a una rinegoziazione 'di diritto', e della responsabilità civile, ove invece erano ammesse zone di 'impunità'.

Il progetto di riforma del diritto contrattuale, elaborato all'inizio degli anni 2000, teneva conto dell'evoluzione giurisprudenziale degli anni '90. I nuovi articoli proposti, dal 1135-1 al 1135-3, introducevano la possibilità di impegnarsi a rinegoziare un contratto in caso di mutamento delle circostanze economiche, o di adire il giudice per ordinare tali rinegoziazioni. Il loro fallimento senza malafede conferiva a ciascuna delle parti la possibilità di risolvere il contratto gratuitamente, ma accollandosi il rischio. Tuttavia, queste disposizioni proposte non consentivano al giudice di correggere l'equilibrio del contratto modificando una clausola (fissazione dell'indennità) per consentirne la prosecuzione, come invece il giudice amministrativo francese può fare con riguardo a un contratto stipulato con la pubblica amministrazione.

L'intervento normativo del 2016, ispirato al progetto preliminare Catala<sup>39</sup>, segna un completo abbandono della giurisprudenza "*Canal de Craponne*", andando così ben oltre il progetto preliminare e gli sviluppi giurisprudenziali della Corte di Cassazione. Il novellato articolo 1195 *Code civil*, pur integrando la possibilità per una parte di chiedere la rinegoziazione del contratto, consente anche al giudice civile di pronunciare la sua modifica per consentirne la prosecuzione o, in mancanza, la sua risoluzione<sup>40</sup>.

compenso pattuito (da 384.000 a 400.000 euro), adducendo come motivazione talune circostanze sopravvenute. Nella pronuncia la Suprema Corte precisa che lo sconvolgimento del contratto dovuto a sopravvenute circostanze economiche rende la debenza della prestazione seriamente discutibile, posto che l'altra parte si è rifiutata di rinegoziare secondo i canoni di buona fede. In particolare, l'obbligo di buona fede deve disciplinare l'esecuzione degli accordi contrattuali, e impone di accettare la richiesta di rinegoziazione del contratto, quando questo risulti profondamente squilibrato a seguito di uno sconvolgimento delle condizioni economiche.

<sup>39</sup> Progetto preliminare presentato dalla commissione Pierre Catala al custode dei sigilli Pascal Clément il 22 settembre 2005, art. 1135-1 a 1135-3, p. 85. Il progetto è liberamente consultabile in lingua francese al seguente indirizzo: [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALESEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALESEPTEMBRE2005.pdf). Sulla riforma cisalpina con riferimento alle regole dell'interpretazione contrattuale si veda G. CAPILLI, *L'interpretazione del contratto secondo gli usi*, Napoli, 2017.

<sup>40</sup> In dottrina è stato ribadito come la riforma francese sia di particolare interesse, in una prospettiva emulativa, sia per ragioni storico-politiche, ma anche economiche in quanto un sistema che contempra soluzioni moderne e già da tempo acquisite nella

L'art. 1195 *Code civil* dispone oramai che, qualora un cambiamento imprevedibile delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto ne renda eccessivamente onerosa la esecuzione per una delle parti, quest'ultima potrà chiederne la rinegoziazione, continuando ad adempiere ai propri obblighi durante la fase di trattazione, purché essa non abbia previamente accettato il rischio dell'evento che poi si è concretamente verificato. Si tratta dunque di una disposizione legislativa chiaramente riprodotte le condizioni e i caratteri delle clausole contenute nei principi Unidroit e nei PECL, di cui risulta fondamentalmente debitrice. In tal senso è possibile oramai dichiarare chiuso, nel diritto francese, il circolo ermeneutico, posto che le elaborazioni di *soft law* hanno trovato recepimento nelle fonti di legge primaria, tali ultime vincolanti.

L'obiettivo è quello di rimettere il contratto “nelle mani” delle parti, invitandole a “salvarlo” in caso di inesecuzione<sup>41</sup>. Nell'ipotesi di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione, le parti (qualora non decidano di risolvere il contratto) possono di comune accordo adire il giudice affinché proceda alle modifiche del medesimo, o affinché gli metta fine, alla data e alle condizioni che il giudicante decida di fissare. Anche in mancanza di accordo, la parte che lo desidera potrà comunque adire l'autorità giudiziaria ai medesimi fini. Si tratta, pertanto, di una vera e propria risoluzione giudiziale del contratto, non fondata sull'inadempimento della prestazione, ma sulle circostanze che l'hanno resa eccessivamente onerosa<sup>42</sup>.

Una volta posto il principio della ‘imprevisione’ all'interno del *Code civil*, parte della dottrina ha ritenuto che la mera possibilità di richiedere una rinegoziazione, già peraltro esistente nella pratica, non fosse sufficiente. Sarebbe stato invece più opportuno che il legislatore avesse posto un vero e proprio obbligo giuridico di rinegoziare<sup>43</sup>. Talune perplessità sono state

---

sensibilità giuridica degli operatori, si rivelerebbe molto ambito soprattutto dagli imprenditori che potrebbero essere interessati a concludere contratti internazionali potenzialmente regolati, in virtù delle legge o della volontà delle parti, dal diritto civile francese., cfr. E. TUCCARI, *Note sull'introduzione della “revision pour imprevision” nel codice civile francese*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2017, p. 1517 ss. e C. GIUSTI, *op. cit.*, p. 136.

<sup>41</sup> In questo senso F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, *Il nuovo diritto francese dei contratti*, Torino, 2021, p. 203 ss.

<sup>42</sup> Come segnalato da F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, *ult. op. cit.*, p. 204-205, ci sono voluti ben 124 anni per sancire la regola dell'ingiustificato arricchimento, e altri 140 per superare la giurisprudenza del canale di Craponne!

<sup>43</sup> Durante alcune riunioni del gruppo “ministro”, in sede di formazione del nuovo codice civile, alcuni membri hanno sostenuto che l'articolo non avrebbe potuto avere una portata reale se non obbligando le parti a rinegoziare e vincolando il giudice ai contenuti di detto accordo ai fini dell'adeguamento del contratto. Tale soluzione non

sollevate, altresì, con riguardo alla vastità e alla scarsa definizione dei poteri affidati al giudice che può revisionare, risolvere o adattare il contratto<sup>44</sup>.

Presupposto applicativo dell'istituto è, in ogni caso, "l'imprevedibile e non l'inevitabile". Differentemente da quanto disposto da un precedente progetto di riforma presentato nel corso del 2008, non si richiede più che la difficoltà incontrata dalla parte sia insormontabile, alla stregua di quanto accade per la forza maggiore. Il tenore testuale così formulato fu considerato eccessivamente restrittivo, in quanto appunto ricalcante integralmente, per questi profili, il testo dell'art. 1218 *Code civil*. All'attualità, si richiede, *sic et simpliciter*, che l'evento non sia ragionevolmente prevedibile e che la parte non abbia accettato il relativo rischio contrattuale, ammettendosi così implicitamente la liceità di clausole negoziali che escludano *tout court* l'applicazione della teoria della imprevisione. Peraltro, si ha cura di specificare (da parte del formante dottrinale) che la disposizione in esame si applica a tutti i contratti, e non solo a quelli di durata disciplinati dall'art. 1111-1 *Code civil*<sup>45</sup>. Allo stesso modo, è stata sottolineata anche la differenza rispetto alla forza maggiore prevista dall'art. 1218. Tale ultima rende semplicemente impossibile l'adempimento del contratto, mentre la prima implica solo che la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, rimanendo però possibile<sup>46</sup>.

L'istituto giuridico della rinegoziazione ha trovato applicazione anche durante la crisi pandemica da SarS-CoV-2. Nei casi in cui la pandemia e le misure sanitarie successive non soddisfino le condizioni per qualificarsi come eventi di forza maggiore, ma rendano più oneroso per una parte

---

fu al fine adottata, poiché si intendeva evitare che questo obbligo giuridico e il suo adempimento ingenerassero controversie, nonché coinvolgere le parti nel meccanismo messo in atto dall'articolo in esame.

<sup>44</sup> Sul punto si sono avute le più accese discussioni tra Senato, Ministro della Giustizia e dottrina in sede di lavori preparatori. Al fine, la soluzione adottata dal governo è stata quella di escludere la teoria dell'imprevisione (e il potere di adattamento del giudice), solo per i contratti aventi a oggetto strumenti finanziari (articolo L. 211-40-1 *code monétaire et financier*). Per approfondimenti, cfr. F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, *ult. op. cit.*, p. 208-209.

<sup>45</sup> Cfr. *Rapport* n. 22 (2017-2018) del Senatore François Pillet, in nome della *commission des lois*, depositato l'11 ottobre 2017, p. 62 ss. Il rapporto è consultabile al seguente indirizzo: [https://www.senat.fr/rapports-senateur/pillet\\_francois07034q2017.html](https://www.senat.fr/rapports-senateur/pillet_francois07034q2017.html).

<sup>46</sup> Per approfondimenti cfr. A. LECOURT, *L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques*, in *RTDCom.*, 2016, p. 767 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2016, p. 386 ss. ; Y.M. LAITHIER, *À propos de la réception des contrats relationnels en droit français*, in *Dalloz*, Chr., 2006, p.1003 ss. ; C. LACHIEZE, *Droit des contrats*, IV éd., Paris, 2016, p. 220-221.

l'adempimento degli obblighi derivanti da un contratto, quest'ultima può quindi usufruire del beneficio della disposizione di legge sulla rinegoziazione. Invero, tuttavia, la situazione appare ben diversa rispetto a quella esistente in territorio alemanno. Infatti, *prima facie*, manca una pronuncia della Corte Suprema francese che anzi, anche prima della crisi pandemica, si è mostrata assai restia<sup>47</sup> ad applicare l'art. 1195 *Code civil*. Anche taluni precedenti delle Corti di merito, pur sempre anteriormente all'evento pandemico, preferivano far riferimento alla clausola di forza maggiore<sup>48</sup>, piuttosto che a quella di rinegoziazione. Allo stesso tempo, per patologie diverse dal "Covid", si è talvolta negato che l'epidemia costituisca un evento "straordinario e imprevedibile"<sup>49</sup>.

Un atteggiamento pretorio, dunque, caratterizzato ancora da diffidente prudenza, quasi a voler mantenere artificiosamente in vita la vecchia teoria fondata sull'antico brocardo "*pacta sunt servanda*". In tale prospettiva sembrano ben lontani, in territorio francese, gli echi dell'esperienza tedesca, tutta costruita sul 'felice tronco fertile' della buona fede oggettiva. Con particolare riferimento al virus SarS-Cov-2, la Corte d'Appello di Colmar ha preferito richiamare la clausola di forza maggiore, ritenendo che il passaggio della zona dell'Alto e del Basso Reno da rischio "2" a rischio "3" e le relative misure restrittive costituissero eventi eccezionali, straordinari e imprevedibili<sup>50</sup>. La conseguenza è la sopravvenuta impossibilità di esecuzione della prestazione e scioglimento del contratto, senza peraltro che sia imputabile al debitore alcuna forma di responsabilità (*force majeure*). Con particolare riguardo all'istituto della

<sup>47</sup> Come è possibile avvedersi consultando il Commentario di diritto civile (sub. art. 1195) presso il sito *Dalloz*, la Cassazione francese non ha mai applicato detto articolo sino al 2019, nonostante che la disposizione sia entrata in vigore a partire dal gennaio 2017.

<sup>48</sup> In tema di forza maggiore si abbia riguardo a A.G. DIANA, *La forza maggiore nella crisi dei rapporti contrattuali*, Milano, 2021, *passim*.

<sup>49</sup> Cfr. CA Basse-Terre, 17 dicembre 2018, no. 17/00739, in *Légifrance*. Il caso aveva ad oggetto la stipulazione di un contratto di viaggio "tutto compreso". Secondo i giudici della Corte d'Appello, "per quanto riguarda la presenza del virus *chikungunya*, nonostante le sue caratteristiche (dolori articolari, febbre, mal di testa, affaticamento, ecc.) e la sua prevalenza nella regione dell'India occidentale e in particolare nell'isola di Saint-Barthélemy durante il 2013-2014, questo evento non soddisfa le caratteristiche di forza maggiore ai sensi delle disposizioni dell'articolo 1148 del codice civile. Infatti, questa epidemia non può essere considerata come avente un carattere imprevedibile e soprattutto irresistibile poiché in tutti i casi, questa malattia alleviata dagli analgesici è generalmente superabile (gli intervistati non hanno menzionato una particolare debolezza medica) e l'*hotel* potrebbe onorare il suo servizio durante questo periodo".

<sup>50</sup> Cfr. CA Colmar, 16 marzo 2020, no. 20/01142 in *Dalloz* (*online*).

rinegoziazione, invece, è da specificare che esso sarà applicabile esclusivamente ai contratti stipulati successivamente alla entrata in vigore della nuova norma (art. 1195 *Code civil*)<sup>51</sup>. *Punctum individuationis* dell'intera problematica giuridica è stabilire se la pandemia da SarS-CoV-2 possa essere idonea a determinare un mutamento sopravvenuto delle circostanze tale da inficiare il sinallagma negoziale. Quesito al quale la Corte Suprema tedesca ha fornito, senza dubbi, risposta affermativa. Chiaramente, anche l'art. 1195 *Code civil* richiede, e questa volta *expressis verbis*, che l'evento non rientri nel rischio ordinario normalmente ed eziologicamente riconnesso alla esecuzione dello specifico contratto. In mancanza di una pronuncia *ad hoc* della *Cour de Cassation*, dovranno dunque escludersi dalla applicazione della rinegoziazione, tutti quei contratti precipuamente stipulati tenendo bene a mente l'evento pandemico. Data la portata di quest'ultimo, si potrebbe probabilmente sostenere che esso, ma soprattutto le sue conseguenze (restrizioni ai viaggi, chiusura delle frontiere, divieto di assembramenti, obbligo del *green pass*, ecc.) costituiscano un cambiamento rilevante di circostanze fattuali. Dimostrare l'imprevedibilità di questo cambiamento sarà più difficile. Essa dovrà essere valutata in concreto con riferimento ad una persona o professionista ragionevole. È pertanto necessario, che sussista al momento della conclusione del contratto. Occorre quindi determinare quale fosse lo stato dell'emergenza sanitaria al momento perfezionativo. In caso di rinnovo o rinnovo tacito, è in tale data che deve essere valutata la natura ragionevolmente imprevedibile<sup>52</sup>. I contratti conclusi prima del 31 dicembre 2019 beneficeranno senza dubbio dell'imprevedibilità della pandemia. I contratti conclusi all'inizio dell'anno 2020 saranno sicuramente studiati con maggiore precisione: a seguito della dichiarazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), avvenuta il 30 gennaio 2020 è difficile dire se l'evento fosse ancora imprevedibile. Certamente esso risultava prevedibile, in territorio francese, a partire dal 12 marzo 2020, giorno in cui si sono poste in essere le prime misure di restrizione da parte del governo. Quanto al versante della eccessiva onerosità, il solo aumento del costo di un servizio o la diminuzione del valore della sua controparte non può essere una ragione sufficiente a fondare la richiesta di rinegoziazione. La forza vincolante del contratto implica infatti che ciascun contraente sopporti i rischi delle normali variazioni del valore delle cose. Inoltre, sarà necessario dimostrare il nesso di causalità tra l'epidemia e/o le sue conseguenze e le eccessive difficoltà incontrate dal debitore

<sup>51</sup> Cfr. A. HONTEBEYRIE, *Contrat et Covid-19 : le point sur « l'imprévision »*, 26 marzo 2020, in *racine.eu*.

<sup>52</sup> Cfr. M. FABRE, *Covid 19 et révision pour imprévision*, 5 maggio 2020, in *Affiches Parisiennes* ([affiches-parisiennes.com](http://affiches-parisiennes.com)).

nell'adempimento della sua obbligazione contrattuale. Previa dimostrazione che tutte queste condizioni sono state soddisfatte, una parte potrebbe richiedere una revisione del contratto a causa dell'epidemia da Covid-19, nonché delle misure governative attualmente in vigore.

In conclusione dunque, il diritto cisalpino appare “divisato” tra un ramo normativo fortemente all'avanguardia e un ramo giurisprudenziale sostanzialmente paralizzato. L'inerzia e l'esitazione della Cassazione rischiano di cagionare lacune applicative in danno di debitori incolpevoli. La situazione, tuttavia, potrebbe essere destinata a mutare già nei prossimi mesi, ove la Suprema Corte potrebbe avere l'occasione di pronunciarsi *ex professo* sull'art. 1195 *Code civil* relativamente all'epidemia in corso. Una occasione da non perdere, tale ultima, per abbandonare definitivamente il tradizionale orientamento che nega ogni rilevanza giuridica in funzione rinegoziale delle circostanze sopravvenute. È meritevole di lode, in ogni caso, l'intervento in senso riformatore del legislatore del 2016, che ha fornito uno strumento efficace, per il tramite della possibilità di ricorrere al giudice in caso di mancanza di accordo sebbene, a parere di chi scrive, e a prescindere dall'eccezionalità dell'evento pandemico in corso, abbia ribadito il “nuovo” ruolo del giudice, il quale si viene a configurare come una sorta di mediatore il cui operato deve ormai superare gli schemi tradizionali che contrappongono, nella logica del contemperamento dei contrasti emersi nei rapporti contrattuali, ad un vincitore un “perdente”. Lo schema odierno, come delineato dalle moderne riforme invoca a gran voce il novello schema “win-win”<sup>53</sup>.

4. *Le soluzioni individuate nell'ordinamento domestico. Risoluzione per impossibilità o per eccessiva onerosità sopravvenuta.*

In Italia, il processo di rivitalizzazione del codice civile del 1942 non si è ancora compiuto, essendo correntemente allo studio un disegno di legge, recante delega al Governo per la revisione ed integrazione del codice civile (XVIII legislatura ancora in corso). Esso contiene, tra i principi e criteri direttivi ai quali il Governo si dovrà attenere nell'esercizio della delega, «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti» [art. 1,

<sup>53</sup> Testualmente C. GIUSTI, *op. cit.*, p. 139.

lett. i)]<sup>54</sup>.

La teoria dell'obbligo di rinegoziare nasce, in territorio italiano, nel corso degli anni '90 del secolo scorso, sulla scia del diritto tedesco. La fonte generatrice di tale dogmatica si rinviene nel disagio, avvertito dagli interpreti innanzi al testo dell'art. 1467 c.c., il quale pone quale unica soluzione, in ipotesi di sopravvenienze che determinino una eccessiva onerosità, la risoluzione dei contratti di durata o a esecuzione periodica<sup>55</sup>. Come è possibile avvedersi leggendo la relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale, «la disposizione risponde alla nostra tradizione giuridica che, nel diritto comune, trova affermata la implicita soggezione alla clausola *rebus sic stantibus*». Varie considerazioni suggerirono, tuttavia, l'esplicita assunzione della sopravvenienza come motivo di scioglimento o di revisione del contratto<sup>56</sup>. Nell'ultimo decennio del secolo scorso, si è fatta strada l'idea che i rapporti contrattuali protratti nel tempo, funzionali alla pianificazione dell'attività di impresa e all'organizzazione del mercato, esigano strumenti flessibili e rispondenti all'esigenza della stabilità, nel tempo, delle relazioni economiche. Questo costituisce una certezza che lo scioglimento del vincolo, vanificando le attese e i calcoli dei contraenti, non è in grado di garantire<sup>57</sup>. Gli ermeneuti

---

<sup>54</sup> d.d.l. n. 1151, comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2019, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/342884.pdf>. Il testo del disegno di legge sarà approfondito *ex professo infra*, par. 10.

<sup>55</sup> Di recente, si veda Cass., sez. I, ord. 26 gennaio 2018, n. 2047, in *Pluris*, secondo la quale “nei contratti a prestazioni corrispettive la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ex art. 1467, comma 1, c.c., purché non abbia già eseguito la propria prestazione, ma non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, ai sensi del comma 3 della medesima norma, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite”.

<sup>56</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, Libro IV-Delle obbligazioni, par. 245, consultabile all'indirizzo <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/174648/Libro+IV+-++Delle+Obbligazioni/f2b2c447-bc30-4f33-b193-7535492a386d>.

<sup>57</sup> Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 312-331. Per ulteriori contributi v. ID., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, V, *Rimedi*, 2, 2006, p. 689 ss.; R. SACCO, *La nozione del contratto*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, 3a ed., in *Tratt. dir. cin.*, Sacco, Torino, 2004, p. 722-725 ss. secondo il quale l'equità di cui all'art. 1374 c.c. lascerebbe sottintendere il richiamo, nei contratti a lunga durata, di una clausola di rinegoziazione

del codice civile evidenziano che la norma in esame non ignora il principio di conservazione degli effetti contrattuali, che trova espressione sia nella nozione legislativa di alea normale del contratto (art. 1467, 2° comma, c.c.), che nell'offerta di riduzione ad equità (art. 1467, 3° comma, c.c.). Ciò tuttavia non risponde all'esigenza del contraente onerato di conseguire, per propria iniziativa e in via giudiziale, il riequilibrio delle prestazioni. Se si osservasse il fenomeno della rinegoziazione nel prisma dell'art. 1467 c.c. si aprirebbe un'alternativa povera di soluzioni. O i contraenti raggiungono un accordo modificativo prima – o in occasione – del processo, o la riduzione ad equità della prestazione compete alla parte non onerata che, convenuta in giudizio con la domanda di risoluzione, deciderà, secondo la propria valutazione di convenienza, sul come disporre dei propri interessi. *Mutatis mutandis*, l'adeguamento del rapporto al mutarsi dello stato di fatto è problema che investe l'esercizio del potere di autonomia privata. È in questi termini che il nostro ordito normativo fornisce risposta, con una disciplina generale ed esaustiva, rispetto al tema dell'adeguamento in sede giudiziale del contratto. Si potrebbe dire che si è in presenza di una lacuna in senso, non tecnico, ma ideologico: non manca la norma, ma è carente la disposizione che si desidera ci fosse<sup>58</sup>.

Il problema, com'è ovvio, si è riproposto con maggiore veemenza in presenza dell'evento pandemico di recente verificatosi ed ancora in corso. In breve, è possibile affermare che due sono i filoni dottrinali che hanno acquisito consistenza e che oggi trovano nutrita adesione. Una prima corrente, innanzi alle sopravvenienze contrattuali e soprattutto a quelle derivanti dal SarS-CoV-2, invoca il disposto dell'art. 1463 c.c. nella parte in cui dispone la risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione. Pertanto, in presenza di un evento sopravvenuto che rende impossibile adempiere l'obbligazione, la parte liberata non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuta. La norma si spiega considerando che nei contratti sinallagmatici ciascuna prestazione trova giustificazione in quella della controparte. Pertanto, se una di esse viene meno, implode anche la causa che giustifica la controprestazione. In via aggiuntiva, la disposizione risulta applicazione dell'antico brocardo "*casum sentit debitor*"<sup>59</sup>. La funzione del

---

(la posizione dell'Autore sul punto è già rintracciabile in *Il contratto*, 2, *ivi*, 1993, II, p. 685-686).

<sup>58</sup> Così F. GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e il potere del giudice*, in *Jus Civile*, 2019, 4, p. 397 ss.

<sup>59</sup> Per approfondimenti cfr. A. LOMBARDI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007; C. MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008; A. PONTECORVO, *La impossibilità sopravvenuta della*

principio accolto dall'art. 1463 c.c. è di reagire contro l'avvenuta rottura del rapporto di corrispettività teleologica tra gli arricchimenti, voluta dalle parti contraenti al momento della conclusione del contratto, al fine di impedire un arricchimento unilaterale. Se è l'elemento causale a motivare le parti a proferire le loro promesse dalle quali sorgono le rispettive attribuzioni patrimoniali; se queste attribuzioni costituiscono nient'altro che il mezzo per raggiungere i reciproci arricchimenti, è logica scaturigine che quando il mezzo fallisce - come appunto avviene nel nostro caso, la stessa ragione dell'accordata tutela giuridica delle attribuzioni esige che questa venga eliminata anche nei confronti dell'attribuzione superstita. Se ciò non fosse, si configurerebbe il verificarsi dell'arricchimento a favore di una parte, senza che vi sia il correlativo arricchimento per l'altra, contrariamente alla volontà causale delle parti contraenti. *Ergo*, dal punto di vista funzionale, il principio «*casum sentit debitor*» è un rimedio apprestato dall'ordinamento per reagire alle attribuzioni patrimoniali che hanno mancato il loro scopo ed è la proiezione concreta della rilevanza diretta, esterna e reattiva della causa<sup>60</sup>.

Per i fautori di suddetta teoria, la pandemia, ma anche le altre sopravvenienze, risultano un fattore esterno imprevedibile e straordinario idoneo a determinare impossibilità sopravvenuta. Difatti, con particolare riguardo all'evento epidemico in corso, uno degli effetti più frequenti delle misure emergenziali è costituito dall'improvvisa interruzione delle attività commerciali e dalla conseguente impossibilità per i debitori di dare esecuzione alla prestazione dovuta. Le limitazioni all'esercizio di attività commerciali integrano un *factum principis*, in virtù del quale si verifica l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, con conseguente liberazione del debitore<sup>61</sup>.

---

*prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007; M. ZACCHEO, *Rischio e risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Trento, 2021.

<sup>60</sup> Cfr. Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in *DeJure*, secondo la quale “la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c., può essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione”.

<sup>61</sup> Cfr. L. BARBI, *La solidarietà sociale come risposta alla crisi del contratto: una disamina della legislazione emergenziale nell'era Covid-19*, in *JusCivile*, 2021, 2, p. 406 ss.; F. GIGLIOTTI, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica*,

Nei contratti a prestazioni corrispettive ciò incide direttamente sul sinallagma contrattuale, facendo venir meno il nesso di reciprocità tra le prestazioni, provocando la risoluzione del contratto ed il sorgere, in capo alla controparte, del diritto alla ripetizione di quanto prestato. Il rimedio della risoluzione per impossibilità sopravvenuta tuttavia, se si dimostra efficace quando concerne il singolo contratto, può portare a conseguenze devastanti per l'impresa ove involga l'intero fascio dei rapporti contrattuali stipulati nell'esercizio della propria attività.

La restituzione di somme di denaro per gran parte delle operazioni negoziate, infatti, minerebbe la stessa sopravvivenza dell'impresa e, in grande scala, finirebbe per aggravare una situazione economica drammatica, rallentando la ripartenza dei consumi e delle attività economiche in generale<sup>62</sup>.

Altra teoria, pure con séguito nutrito, fa invece riferimento al medesimo disposto dell'art. 1467 c.c. È indubbio che in questo caso l'evento pandemico rappresenti un fatto straordinario (essendo statisticamente la prima volta che accade da oltre un secolo) e imprevedibile (considerato che nessuno avrebbe potuto immaginarlo usando il criterio di ordinaria diligenza). Ed è altrettanto indubbio che in molti casi (soprattutto con riguardo alle attività che non sono state vietate dal legislatore) l'evento pandemia abbia prodotto un forte squilibrio del sinallagma contrattuale, che potrebbe legittimare la richiesta di risoluzione del contratto *ex art.* 1467 c.c.<sup>63</sup>. In particolare, si effettua un rinvio alla equità<sup>64</sup>, che è diversa dalla buona fede, in quanto non è cogente e si

---

*di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giustiziacivile.com*; 1° aprile 2020; si veda pure F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020.

<sup>62</sup> Cfr. L. BARBI, *ult. op. cit.*, p. 409.

<sup>63</sup> Cfr. M. ZACCHEO, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia Civile*, 2020, 2, p. 245 ss. Il formante dottrinale sviluppatosi in tempi antecedenti all'emergenza Covid, aveva già posto delle interessanti riflessioni sul tema dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, statuendo che in ogni caso sarebbe stata necessaria una attenta analisi del contesto e della causa che aveva spinto le parti a sottoscrivere il contratto poi alterato negli equilibri sinallagmatici a causa delle misure di restrizione e contenimento dell'epidemia. In particola si veda C. GIUSTI, *op. cit.*, p. 75 ss. il quale afferma come la causa dell'accordo negoziale deve essere considerata non come il modello astratto suggerito nei codici e applicato dai paciscenti nel testo dell'accordo, ma bensì nella funzione effettiva che le parti hanno voluto loro assegnare. Pertanto è da ritenersi ovvio che sia stata effettuata una attenta valutazione dei rischi connessi alle attività che si stavano per intraprendere con la conseguenza che gli eventi sconvolgenti e successivi dovranno essere considerati come del tutto straordinari.

<sup>64</sup> In tema di equità e rinegoziazione si vedano: G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; D.

applica solo in caso di lacune. L'equità, in sintesi, si esprime nella clausola di cui al terzo comma, che prevede la possibilità per la parte di una offerta di *reductio ad equitatem*. Tuttavia, come si è già avuto modo di ricordare, questa tesi è frustrata dalla circostanza che la possibilità dell'offerta è rimessa solo alla parte convenuta in giudizio e non è coercibile. Pertanto, una parte della dottrina richiama il disposto dell'art. 1349 c.c., che disciplina la determinazione dell'oggetto del contratto. Tale ultima disposizione consente alle parti di rimettere al terzo la determinazione dell'oggetto del contratto: in questo caso pur non essendo determinato, è determinabile, perché le parti sanno che sarà il terzo a specificarlo. I paciscenti scelgono di rimettersi al suo equo apprezzamento, oppure al suo mero arbitrio. Le conseguenze sono assolutamente diverse: nel primo caso, se il terzo non procede all'identificazione dell'oggetto, o se essa è iniqua o erronea, le parti potranno ricorrere al giudice. Nella seconda ipotesi, invece, nelle medesime condizioni, si configura la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto. Anche tale articolo si ritiene essere espressione di un principio di equità. In sostanza le parti, facendo leva su un obbligo di rinegoziazione discendente dall'equità, possono rimettere al giudice, in caso di sopravvenienze, la rideterminazione dell'oggetto (e del contenuto) del contratto, con applicazione<sup>65</sup> dell'art. 1349 c.c.

Non è mancato, poi, chi ha suggerito un'applicazione analogica della norma disciplinante il contratto di appalto (art. 1664 c.c.). Il comma 1 della disposizione, con particolare riguardo alle circostanze sopravvenute che determinino un aumento o una riduzione del costo della manodopera o dei materiali, consente di richiedere la revisione del prezzo se l'aumento o la riduzione supera il decimo del prezzo originariamente pattuito. Secondo un certo orientamento dottrinale, il primo comma costituirebbe una norma ad applicazione generale, una vera e propria "norma trans-tipica", che si applica al di là della fattispecie specifica in cui è posta e che trova spazio in tutti gli altri rami delle attività contrattuali<sup>66</sup>. Questa teorica è osteggiata da altra parte della dottrina, la quale evidenzia che, al più, il criterio del decimo potrebbe

---

RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001; R. TOMMASINI, *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003.

<sup>65</sup> Si veda in particolare E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 495 ss.; F. MACARIO, *I rimedi manutentivi, L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Tratt. Roppo*, V, 2, Milano, 2006, p. 705 ss., V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 260 ss., F. GAMBINO, *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 52 ss.

<sup>66</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 3, p. 467 ss.

essere applicabile a fattispecie simili, analoghe all'appalto. La prestazione tipica è costruire un'opera, con organizzazione di mezzi propri. L'appaltatore assume l'obbligo di consegnarla. I contratti simili cui potrebbe applicarsi il criterio del decimo, sarebbero il contratto d'opera professionale, o il contratto di *engineering*. Solo a queste figure molto vicine all'appalto potrebbe applicarsi il criterio evidenziato<sup>67</sup>.

È da segnalare che altra corrente dottrinale sottolinea che nel moderno ordinamento civile, pur non esistendo un istituto generale che obblighi alla rinegoziazione, esistono tuttavia una pluralità di disposizioni specifiche interessanti singole pattuizioni. A titolo esemplificativo, la preferenza del legislatore per il mantenimento in vita del contratto si ritrova in alcune norme sui contratti tipici, come l'art. 1560 c.c. sulla somministrazione, la cui entità può essere stabilita nel corso dell'esecuzione. L'art. 1561 c.c. che individua i criteri sulla base dei quali può essere stabilito il corrispettivo, e l'art. 1938 sulla fideiussione *omnibus*, in cui si ammette la determinazione dell'oggetto della prestazione *per relationem* (oltre ai casi regolati dalle disposizioni che riguardano soprattutto le circostanze sopravvenute).

*Ergo*, dall'esame sistematico dei prefati articoli si ricava che l'obbligo di rinegoziazione nasce come espressione di un principio generale ricavabile dall'art. 1467 c.c., dalla clausola di buona fede e dalle norme di legge che prevedono la rinegoziazione e che offrono una soluzione all'alternativa tra l'insoddisfazione derivante dal rispetto dei patti intercorsi e lo scioglimento del rapporto contrattuale, nel caso di sopravvenienze che determinano un grave squilibrio. Difatti, esempi di rinegoziazione nella trama legislativa si rintracciano, oltre ai casi citati, nelle locazioni della P.A., nelle locazioni di immobili ad uso abitativo (art. 2, co. 5, l. 9.12.1998, n. 431), in alcune tipologie di mutuo (art. 46, l. 23.12.1999, n. 488, art. 46; art. 29 l. 15.5.1999, n. 133, art. 29), negli artt. 1537 e 1540 c.c. sulla vendita cumulativa o a misura, negli artt. 1623 sulle sopravvenienze in tema di affitto e appunto il 1664 c.c. in tema di appalto. A queste fattispecie si aggiungono quelle più sfumate delle variazioni concordate o necessarie del progetto nell'appalto (artt. 1659-1660), delle modifiche del mandato per circostanze sopravvenute (art. 1710) e delle istruzioni fornite dal mittente in caso di impedimento del trasporto (art. 1686)<sup>68</sup>, dell'art. 1450 c.c. che attribuisce al contraente contro il quale è stata avanzata azione di rescissione del contratto, il potere di evitarla dietro l'offerta di una sua modificazione idonea a ricondurlo ad equità.

<sup>67</sup> Per approfondimenti si vedano F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., *passim*, nonché G. MARASCO, *op. cit.*, *passim*, A. PISU, *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, *passim*; G. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, *passim*.

<sup>68</sup> Per questa tesi si veda A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 704 ss.

In ultimo è da mentovare quella dottrina che fonda, invece, l'obbligo di rinegoziare sulla buona fede oggettiva, in continuità con la dottrina tedesca, e che in tale prospettiva adopera l'art. 2932 c.c. (esecuzione in forma specifica). Questa è la tesi più risalente nel tempo, nata agli albori degli anni '90 del secolo scorso e fortemente sostenuta per un lungo periodo. In particolare, viene suggerita, al fine di attribuire al fenomeno un senso conclusivo e unitario, l'applicazione dell'art. 2932 c.c.; così da schiudere la via – per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare – di un intervento costitutivo-determinativo del giudice<sup>69</sup>. In assenza di clausole espresse, la buona fede oggettiva *in executivis* (posto ovviamente che tutti i contratti devono essere eseguiti in buona fede) svolgerebbe una funzione integrativa del contratto, facendo sorgere un obbligo per la parte di condurre una trattativa per la rinegoziazione. Il giudice adito ai sensi del richiamato articolo potrebbe identificare il contenuto del contratto rinegoziando, secondo questa tesi, e applicando il criterio equitativo. Si configurerebbe una interconnessione tra la buona fede avente una funzione di integrazione del contratto (che quindi fa nascere un nuovo obbligo non previsto, perché quest'ultima ha valore cogente ed è un principio generale del diritto delle obbligazioni e dei contratti, che costituisce il titolo dell'obbligo) e dell'equità applicata dal giudice nel concreto. Questa è una teorica che è molto protettiva, perché giunge ad affermare l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione coercibile giudizialmente, con possibilità, *ope judicis*, di determinare il contenuto del contratto<sup>70</sup>.

5. Il “pletorico” intervento normativo: l'art. 91, d.l. n.18/2020 (c.d. “Cura Italia”) e il d.l. n. 6/2020. La creazione della figura del debitore “immune”? La necessità di un corretto bilanciamento degli interessi meritevoli.

Prima di dirimere la matassa delle svariate tesi dottrinali, e verificare quale sia stato l'atteggiamento pretorio adottato nel concreto, è d'uopo completare l'esame del quadro normativo menzionando le novità settoriali che hanno fornito nuova linfa alle discussioni dogmatiche. Si è già avuto modo di

<sup>69</sup> Cfr. F. GAMBINO, *Il rinegoziare*, cit., p. 399.

<sup>70</sup> Per questa tesi si vedano F. MACARIO, *ult. op. cit.*, p. 425 ss., V. ROPPO, *op. cit.*, p. 973 ss. Approfondimenti in F. GAMBINO, *Rinegoziazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, vol. agg. XV, p. 10 ss.; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, II, Torino, 2003, p. 1217 ss. La possibilità concessa al magistrato di ingerirsi sul contenuto economico del contratto costituisce uno dei profili più interessanti. In dottrina, T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus* (voce) in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2004, p. 18, è stato sottolineato che tale peculiare esercizio è in ogni caso sempre rimesso per lo meno alla volontà di una delle parti, al punto da essere compatibile con i principi dell'autonomia negoziale.

segnalare che la novità di maggiore rilevanza sistematica è quella introdotta dall'art. 91, d.l. n. 18/2020, che ha riguardato in via generale tutto il campo della responsabilità civile contrattuale, con specifico riguardo al periodo emergenziale pandemico. Tale articolo (contenuto nel c.d. decreto Cura Italia e convertito poi dalla l. 27 aprile 2020, n. 27), dispone l'aggiunta del comma 6 *bis* all'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 (nel frattempo convertito con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13, e per larga parte poi abrogato dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19). Il prefato comma 6-*bis* espressamente statuisce che «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Si tratta di norma di ardua interpretazione su due prospettive differenti. La prima: la responsabilità del debitore inadempiente a causa della necessità di rispettare le misure di contenimento sembrerebbe elisa già in virtù della lettera dell'art. 1218 c.c., non a caso richiamato dalla disposizione di nuovo conio. La seconda: la norma non esclude, *tout court*, la responsabilità “da adeguamento” alle misure “anti-Covid”, piuttosto stabilendo che il rispetto di queste sia “sempre valutato” ai fini del giudizio di responsabilità. Lo sforzo materiale ed economico di adattamento alle prescrizioni sanitarie non assurge, pertanto, ad esimente automatica dell'inadempimento, ma è ineludibilmente apprezzato alla stregua di dato saliente, da calare nel perimetro della più articolata valutazione sulla responsabilità. Non è esclusa, infatti, l'evenienza di un *solvens* il quale, ancorché frenato dalle prescrizioni di contrasto dell'epidemia, sia responsabile dell'inadempimento, poiché, qualora si fosse adoperato secondo ordinaria diligenza, avrebbe potuto esattamente adempiere nel rispetto contestuale delle prescrizioni, avviandovi mediante contromisure non eccessivamente onerose. Altra fattispecie configurabile è quella del debitore che rimanga inerte ed inadempiente, non in ragione dell'osservanza di una misura di contenimento, bensì in forza di una percezione soggettiva culminante nel timore che l'esecuzione della prestazione possa mettere a repentaglio l'incolumità personale o dei suoi collaboratori<sup>71</sup>. L'obbligato, nondimeno, rimane onerato di dimostrare che è stato proprio l'ossequio alle misure di contenimento ad avergli impedito di eseguire la prestazione. Il nesso causale fra rispetto delle misure e inadempimento va provato e contestualizzato. Ma è sufficiente dimostrare che sono state le misure ad aver

<sup>71</sup> Questo il commento di UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO – CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE, Relazione tematica n. 56 dell'8 luglio 2020, *Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, in [cortedicassazione.it](http://cortedicassazione.it)

bloccato o trattenuto la prestazione. Avendo nei fatti vietato o ritardato l'esercizio di un'attività, per smarcare il debitore dall'area della responsabilità, gli hanno consentito di porre il rapporto contrattuale in una situazione di peculiare quiescenza. Il principio guida rimane, dunque, quello secondo il quale “spetta al debitore dimostrare di aver fatto uso della ordinaria diligenza per rimuovere gli ostacoli creati all'esatta esecuzione degli impegni contrattualmente assunti”<sup>72</sup>.

La norma, poi, contiene anche un richiamo all'art. 1223 c.c., lasciando dedurre che l'esistenza di misure di contenimento dovute alla pandemia sia circostanza idonea a incidere anche sui criteri di liquidazione del danno. Secondo un'acuta impostazione ermeneutica, la norma attenderebbe alla finalità di sterilizzare gli effetti sostanziali che deriverebbero dall'inadempimento del debitore in una situazione fisiologica. Il legislatore avrebbe inteso regolare una causa emergenziale di giustificazione, destinata ovviamente a cessare con la fine dell'emergenza. Ne discenderebbe una figura di debitore definibile come “immune”<sup>73</sup>. Residua il quesito relativo ai margini di reazione del creditore nei confronti del debitore “protetto” dalla norma “emergenziale” indagata. Pertanto, il creditore sembrerebbe potersi avvalere dell'*exceptio inadimpleti contractus* per sospendere l'esecuzione della propria prestazione, quand'anche la stessa, come accade di regola per le obbligazioni pecuniarie, sia per definizione sempre possibile e non ostruita neppure dalle misure di contenimento<sup>74</sup>.

In sostanza, a sostegno della tesi della ‘causa di giustificazione’, il nuovo comma 6-*bis* introdotto nell'art. 3 del d.l. n. 6/2020, implicherebbe una causa di esclusione di responsabilità *ex lege* per l'inadempimento. Tuttavia, tale affermazione va rivista in un'ottica di critica ricostruttiva, alla luce del testo del disposto normativo. Difatti, sino a tempi recentissimi, vi è stata gran parte della dottrina che ha respinto tale teoria, statuendo che il legislatore non abbia introdotto una scriminante legale, ma che si sia limitato a imporre al giudice un obbligo di prudente valutazione dell'inadempimento. Il giudicante deve valutare in concreto se il debitore sia stato inadempiente per rispettare le misure “anti-Covid”. Sarà quest'ultimo a dover dimostrare, secondo le regole generali, la causa a lui non imputabile: deve fornire la prova che l'inadempimento sia causalmente (ecco perché il richiamo all'art. 1223 c.c. che compie la norma) riconducibile alla normativa (*factum principis*) che ha imposto

<sup>72</sup> In questo senso, già in precedenza, Cass., sez. I, 16 aprile 2009, n. 9026, in *Italgire*.

<sup>73</sup> Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020; ID, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura italia"*, in *Contratti*, 2020, 2, p. 213 ss.

<sup>74</sup> Così la relazione n. 56/2020, dell'Ufficio del massimario, p. 10.

misure di contenimento del Covid. Il giudice dovrà valutare se effettivamente l'inadempimento dipenda dall'obbligo di rispetto di queste misure<sup>75</sup>.

La norma inoltre, nonostante la formulazione apparentemente chiara, nasconde diverse insidie interpretative. In primo luogo, il comma 6-bis è sì formulato in termini generali, ma è stato aggiunto dall'art. 91, il quale reca quale rubrica “*Disposizioni in materia di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*”. La rubrica, letteralmente, sembra suggerire esclusivamente una applicazione ai contratti conclusi con la pubblica amministrazione, anche se non è stata poi interpretata in tal senso. La dottrina e le poche pronunce di merito, unanimemente, hanno affermato che si tratta di norma di applicazione generale, scissa dalla rubrica testuale della disposizione additiva. Dunque, non si riferisce solo ai contratti pubblici, ma anche ai contratti di diritto privato<sup>76</sup>. Chiaramente, accogliendo la tesi della natura ‘generale’ della norma, si esclude conversamente la tesi della natura eccezionale. Tuttavia, non è invece esclusa la natura di norma transeunte, che chiaramente troverà spazio solo nel perimetro del periodo emergenziale. Si tratta, allora, di una previsione che, seppur temporanea, ha applicazione estensiva, che non conosce limiti oggettivi e soggettivi. Difatti, la scelta del legislatore italiano è stata quella di tutelare non categorie specifiche (consumatori, professionisti, etc.) ma la categoria generale dei debitori, forse proprio posta la mancanza di un obbligo generale di rinegoziazione invece esistente nelle esperienze giuridiche allogene.

Altra *quaestio iuris* affrontata dalla componente dogmatica e inerente l'art. 91, d.l. n. 18/2020, riguarda la sua applicabilità con riferimento a misure restrittivamente non previste nel medesimo decreto-legge. Il comma 6-bis si riferisce espressamente “al presente decreto”. Tuttavia, in un momento

---

<sup>75</sup> Nello stesso senso va, come visto, la Relazione dell'Ufficio del Massimario. Per approfondimenti si vedano S. ROSINA, P. MENARIN, *Dall'emergenza sanitaria da covid-19 alla normativa - anche fiscale - in favore di privati e imprese*, Padova, 2020, (ebook), par. 3, AA.VV., *La legislazione emergenziale di interesse notarile*, in *Notariato*, 2020, p. 61 ss. Di recente anche G. IORIO, *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, “Cura Italia”)*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2020, p. 368 ss.; in tema generale di inadempimento si veda *ex multis*, P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, *passim*; P. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Art. 1230-1259*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 328 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *ibidem*, p. 183.

<sup>76</sup> Cfr. G. IORIO, *op. cit.*, nonché A. SEMPRINI, *Inadempimenti 'emergenziali': colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3 comma 6-bis, D.L. n. 6/2020*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 2020, vol. 71, fasc. 3/4, p. 759 ss.

successivo, il citato decreto-legge n.6/2020 è stato quasi totalmente abrogato, salvo appunto la disposizione di cui al comma 6-*bis* dell'art. 3. Si tratta di un “pasticcio di diritto positivo” che è stato tuttavia superato in via interpretativa. Anche qui, la dottrina e i Tribunali di merito, quasi del tutto unanimemente, hanno chiarito che la disposizione ha vocazione generale e che essa è soggetta ad una ermeneutica sistematica. Allora, non solo le misure restrittive “anti-Covid” previste nel decreto *de quo*, ma tutte le misure restrittive previste da fonti primarie e subordinate (ivi compresi i d.P.C.M.), dovranno essere valutate dal giudice quando si trovi innanzi all'inadempimento del debitore<sup>77</sup>.

In ultimo, la norma si applica plasticamente alle prestazioni di *facere*, o di dare una cosa determinata. Difatti, in *subjecta materia* le misure di contenimento possono impedire la esecuzione della prestazione. Purtuttavia, si è detto che le prestazioni di dazioni di somme di denaro sono sempre possibili, in quanto *genus numquam perit*. In verità, un nutrito indirizzo dottrinale di non trascurabile momento, ha sostenuto che il comma 6*bis* sia insuscettibile di applicazione alle obbligazioni pecuniarie esattamente per tali motivazioni<sup>78</sup>. Il legislatore emergenziale (salvo interventi settoriali volti in taluni casi ad agevolare la posizione di chi si trova in difficoltà economico-finanziarie) non ha in ogni caso dettato una disciplina apposita<sup>79</sup>. Ciò nonostante, altra corrente si mostra invece favorevole ad una applicazione generalizzata della clausola normativa anche al settore delle obbligazioni pecuniarie. Questo tanto in virtù della summenzionata natura generale della disposizione, quanto in considerazione che l'evento pandemico può eziologicamente determinare, secondo l'*id quod plerumque accidit*, una carenza di liquidità materiale idonea a impedire di fatto l'adempimento della prestazione. Oltre all'argomento materiale, si precisa che

<sup>77</sup> Per approfondimenti si vedano G. LIACE, *Titoli di credito e Covid 19*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 2, p. 621 ss.; C. TINCANI, *La sorte dei contratti di soggiorno in occasione della pandemia di Covid-19*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, 2020, p. 362 ss.; P. SERRAO D'AQUINO, *L'ombra del cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il Covid-19*, in *Biodiritto*, 11 aprile 2020; M. NOVELLA BUGETTI, *Brevi note su inadempimento e risoluzione ai tempi della pandemia*, in *Il diritto degli affari*, 2020, 2, p. 3 ss.; G. CAPAREZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12, p. 422 ss.; F. GALLARATI, *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE online*, 2021, vol. 47, 2, online.

<sup>78</sup> Si vedano, tra gli altri, G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl., p. 57 ss.; A.M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *GiustiziaCivile.com*, 29 aprile 2020; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *GiustiziaCivile.com*, *Emergenza Covid-19 - Speciale* n. 3, p. 388 ss.

<sup>79</sup> Per approfondimenti, cfr. S. THOBANI, *Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: quali scenari*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2021, 1, p. 79 ss.

in periodi di emergenza, le somme normalmente destinate agli adempimenti delle obbligazioni ordinarie, vengono viceversa destinate a impieghi straordinari in mancanza di ulteriori entrate finanziarie (es. cura di un familiare che ha contratto il *virus*). In sostanza, pur essendo indubbiamente vero, in astratto, che il genere non perisce, materialmente deve darsi una interpretazione della norma più vicina ai canoni di solidarietà, considerando ‘scusabile’ l’inadempimento quando la carenza materiale di pecunia sia indipendente dalla volontà del debitore<sup>80</sup>. In tal senso, peraltro, sembrano essersi pronunciate anche talune Corti di merito. Un precedente deciso dal Tribunale di Bologna in sede cautelare, ad esempio, ha inibito alla parte resistente (i) di porre all’incasso o di girare a terzi le cambiali, con scadenza i giorni 30 giugno 2020, 30 luglio 2020, 30 agosto 2020; nonché (ii) di sottoporre tali cambiali a protesto, di richiedere un protesto, di consentire che terzi, presso cui abbiano posto all’incasso tali titoli, sottopongano a protesto la debitrice. Quanto ai presupposti in materia cautelare, il *periculum in mora* viene ravvisato esattamente nella situazione di mancanza di liquidità generata dal periodo emergenziale, tale da non consentire il pagamento dei titoli cartolari e nel conseguente protesto. Sussiste poi il *fumus boni iuris* in quanto nel caso di specie l’inadempimento condurrebbe al protesto delle cambiali con il pregiudizio derivante dalla categorizzazione nei “cattivi pagatori”. In tale situazione di criticità, tuttavia, con la valutazione del grado di colpa dell’inadempimento, non è ragionevole ritenere che lo stesso conduca al protesto e alle relative conseguenze. Tale valutazione del grado di colpa è resa possibile proprio dalla norma di cui all’art. 91 d.l. 18/2020, come affermato nell’ordinanza, in quanto «il giudice penetra nel grado della colpa – autorizzato dalla norma citata; con una valutazione che in un codice commercializzato, come il vigente, è in pratica impossibile in tempi normali – per escludere le conseguenze enfatiche dell’inadempimento. Tra questa, la conseguenza tipica, cioè il risarcimento del danno ma, anche, quelle atipiche, come in questo caso il protesto di un titolo». La pronuncia del Tribunale felsineo rileva, infatti, in quanto propone una ricostruzione della portata dell’art. 91 d.l. 18/2020. La disposizione non introduce una nuova causa di estinzione dell’obbligazione, o un caso di inesigibilità, ma si limita ad escludere la responsabilità del debitore. Inoltre, riconoscendo uno spazio estensivo di applicazione della norma suddetta a tutte le obbligazioni, (ivi comprese quelle

<sup>80</sup> Cfr., per questo indirizzo, E. BELLISARIO, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, p. 129 ss.; P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl., p. 73 ss.; A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 1*, p. 227 ss.

pecuniarie), la stessa viene letta nel senso di consentire al giudice di utilizzarla “tutte le volte in cui l’inadempimento conduca ad esiti che, ragionevoli in condizioni normali, sono eccessivi in relazione alla concreta situazione”<sup>81</sup>.

6. *Il diritto locatizio e la sua peculiarità fenomenologica. La giurisprudenza invalsa nelle Corti di merito.*

L’ordito normativo italiano, differentemente da quanto accade in quello tedesco e in quello d’oltralpe, non prevede *ex professo* un obbligo di rinegoziazione dell’accordo contrattuale in caso di sopravvenienze, coercibile da parte del giudice civile. In assenza di una previsione di diritto positivo, la giurisprudenza italiana, diversamente da quella alemanna, non è stata così audace (perlomeno, sinora e salvo quanto si dirà) da fondare tale obbligo sulla buona fede oggettiva (artt. 1175 e 1375 c.c.), nonostante che parte del formante dottrinale, abbia invece seguito questa strada, passando per il disposto dell’art. 2932 c.c. Al momento, le uniche disposizioni di diritto vigente sono relative a una situazione emergenziale inerente alla corrente pandemia, e non prevedono affatto un obbligo di rinegoziazione del contratto, quanto piuttosto, secondo alcuni, una “clausola di salvezza” dalla responsabilità civile contrattuale. Previsioni di diritto speciale disciplinano poi, come si è accennato *supra*, i contratti del turismo organizzato e i contratti di soggiorno, nonché quelli di accesso a spettacoli e mostre, previdenti la possibilità, da parte del debitore, di emettere ‘voucher’ da utilizzare per l’esecuzione di una prestazione futura<sup>82</sup>. In via ulteriore, il c.d. decreto

<sup>81</sup> Cfr. Trib. Bologna, ord. 4 giugno 2020, n. 11, in [centroanomaliebancarie.it](http://centroanomaliebancarie.it). Nel medesimo senso si vedano altresì Trib. di Rimini, decreto n. 6251/2020 del 25 maggio 2020; Trib. di Bologna, decreto n. 4976/2020 del 12 maggio 2020; nonché decreto n. 3634/2020, Trib. di Genova, 1° giugno 2020, pubblicati in data 8 giugno 2020 nella sezione Osservatorio “Diritto dell’Impresa dopo la Pandemia”, in [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it). In dottrina G. PERLINGIERI, *Pandemia da Coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, in *Il foro napoletano*, 1/2021, p. 83, osserva acutamente che «Senz’altro il difetto di una regolazione organica delle storture procurate ai rapporti contrattuali può disorientare, ma evitando inadeguate generalizzazioni con riferimento a fattispecie ipotizzabili e rimedi esperibili, la lacuna legislativa finisce per rivelarsi più apparente che reale. La valutazione va svolta su base casistica e la soluzione più adeguata e congrua ricavata dall’indagine sul livello di incidenza della sopravvenienza sul rapporto negoziale. Essenziale è individuare gli interessi meritevoli di protezione e successivamente il rimedio più adeguato al caso di specie. Il compito dell’interprete è quello di tentare di valorizzare le norme che già ci sono, piuttosto che proporre talora inutili – e in alcune ipotesi pericolose – modifiche legislative».

<sup>82</sup> Come sopra menzionato, l’articolo 28 (rimborso titoli di viaggio e pacchetti turistici) del decreto legge 2 marzo 2020 n. 9 prevede che ricorre la sopravvenuta

Rilancio (decreto legge n. 34/2020) prevede una serie di agevolazioni a favore del settore sportivo, con particolare riferimento alla riduzione dei canoni di locazione per palestre, piscine e impianti sportivi e il rimborso degli abbonamenti per l'accesso ai siti. Nello specifico (ai sensi dell'articolo 216, commi 1 e 2) si riconosce al conduttore il diritto, limitatamente alle cinque mensilità decorrenti dal mese di marzo 2020 a quella di luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salvo la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al 50% del canone contrattualmente stabilito<sup>83</sup>.

Ora, è evidente che le disposizioni richiamate, pur apprezzabili, non paiono sufficienti a sostenere l'impatto devastante sui contratti conseguente all'applicazione delle misure di contrasto alla pandemia. Si pone, quindi, il problema di quale disciplina applicare per gestire le altre situazioni di crisi non contemplate dalla legislazione emergenziale e pertanto soggette alla quella ordinaria vigente. Si sono già rassegnate le posizioni dogmatiche sulla *quaestio*. La componente pretoria di merito, di recente, ha avuto occasione di pronunciarsi soprattutto con riguardo ai contratti di locazione a uso commerciale. Tra la categoria delle locazioni, infatti, quelle commerciali o "ad uso diverso dalla abitazione" agitano, sin dal sorgere della pandemia, la migliore dottrina e la giurisprudenza, in quanto categoria contrattuale più incisa dalle problematiche connesse e derivanti dall'evento pandemico. In verità, gli elementi normativi a disposizione sono molteplici: il recesso per gravi motivi *ex* artt. 3, comma 6, l. n. 431/1988 e 27 l. n. 372/1978; la risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.), la risoluzione per impossibilità sopravvenuta (artt. 1463 e 1464 c.c.), tutti comunque connotati

---

impossibilità *ex* articolo 1463 codice civile, "in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo nelle acque interne o terrestre"; l'articolo 88 decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, prevede che i contratti di soggiorno e quelli per spettacoli, musei e altri luoghi per la cultura siano risolti per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione ai sensi dell'articolo 1463 codice civile, ma che il costo sia trasfuso in un *voucher*. Qualcuno ha ravvisato, in realtà, come più che di risoluzione si tratti di una rideterminazione *ex lege* dei contenuti del rapporto. Cfr. C. PILIA, *Le Tutele dei diritti durante la pandemia Covid - 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali*, in *Pers. merc.* 2020, 2, p. 80.

<sup>83</sup> Le misure economiche adottate dal Governo con il decreto "Rilancio" sono finalizzate a consentire una ripresa più agevole alle imprese dopo la crisi emergenziale causata dal Covid 19. Tra queste vi è la possibilità, per coloro che esercitano attività in locali in affitto, di poter godere di un credito d'imposta dell'ammontare pari al 60% del canone mensile dovuto al locatore per i mesi di marzo, aprile e maggio.

dall'effetto demolitorio che producono sul rapporto contrattuale<sup>84</sup>.

Quanto alla risoluzione per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.), il rimedio è stato criticato dai Tribunali di merito, in quanto la prestazione di dare una somma in denaro è sempre possibile, ed invocare la riduzione del canone concordato in sede contrattuale per la crisi economica connessa alla pandemia significherebbe invocare motivi attinenti al “reddito di impresa” che non appaiono strettamente “oggettivi”, oltretutto temporanei<sup>85</sup>. In breve, secondo una prima corrente pretoria, particolarmente rigorosa, anche la risoluzione per impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 c.c. risulta un rimedio scarsamente praticabile con riguardo alle locazioni commerciali ‘afflitte’ dal Covid-19. Ciò poiché gli immobili sono stati occupati anche durante la pandemia, e la prestazione corrispettiva (cioè il pagamento del canone) non può venir meno se non nelle ipotesi di scuola del ritiro dei mezzi di pagamento (es. moneta, moneta elettronica). È invece lecito affermare che entrambe le prestazioni hanno continuato a essere possibili<sup>86</sup>. In via ulteriore, va esclusa (secondo questa tesi) anche la ricorrenza di una ipotesi di impossibilità sopravvenuta parziale ai sensi dell'art. 1464 c.c. Innanzitutto, non si può considerare la vicenda dell'emergenza sanitaria come un caso di “una prestazione di una parte (locatore) divenuta parzialmente impossibile”. In secondo luogo non può ritenersi violato l'obbligo del locatore di consegnare e mantenere il bene in condizione da essere utilizzato secondo l'uso contrattualmente stabilito ai sensi dell'art. 1575 c.c., non essendo riconducibile alcuna condotta di tale tipologia al locatore, ma ad attività provvedimento conseguente alla situazione di emergenza sanitaria di tipo pandemico<sup>87</sup>.

Anche la strada dell'equità e della buona fede si ritiene non percorribile in quanto «disagevole sembra rinvenire il fondamento di siffatta opportunità nell'art. 1374 c.c., ove si dispone che il contratto obbliga le parti, non solo a quanto nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità». Si fa riferimento a quest'ultima sotto il profilo delle fonti di integrazione del contratto, alla stregua di criterio che concorre a determinare gli effetti giuridici del negozio mediante il giusto temperamento dei diversi interessi delle parti in relazione allo scopo e alla natura dell'affare. È attraverso l'equità che il giudice è facoltizzato a individuare elementi e aspetti del regolamento

<sup>84</sup> Cfr. V. CUFFARO, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *GiustiziaCivile.com*, 31 marzo 2020; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Coronavirus e locazioni commerciali*, cit., p. 425 ss.

<sup>85</sup> Questo un primo orientamento delle Corti di merito, di cui risulta esemplificativo Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2020, in *altalex.com*.

<sup>86</sup> F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale*, cit., p. 211.

<sup>87</sup> Per tutti questi rilievi, si veda Trib. Roma, ord. cit.

contrattuale non definiti dai paciscenti, né determinati da disposizioni di legge o usi. L'equità non è principio di giustizia morale dacché il giudice che integra il contratto ne determina il contenuto alla stregua di criteri che gli offre il mercato<sup>88</sup>. Il suo intervento, cioè, è suppletivo e residuale, in quanto il magistrato non può correggere la volontà delle parti quand'anche le scelte di queste appaiano incongrue, limitandosi, negli eccezionali casi in cui la legge l'ammetta, a colmare le lacune riscontrate, inserendo regole ulteriori e coerenti con il programma concordato. Un intervento sostitutivo del giudice sembrerebbe ammissibile al più ogni volta che dal regolamento negoziale dovessero emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto, fornendo al giudice (anche in chiave ermeneutica) i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale. In *subiecta materia*, il magistrato, più che intervenire dall'esterno, opererebbe all'interno del contratto e in forza di esso, servendosi di tutti gli strumenti di interpretazione forniti dal legislatore (artt. 1362-1371 c.c.), precipuamente quello disciplinato dall'art. 1366 c.c. sulla buona fede nell'interpretazione del contratto. Al di fuori di questo angusto contorno, la determinazione del contenuto dell'accordo negoziale appartiene alla sfera decisionale riservata ai contraenti, rispetto alla quale ogni intervento spetta solo al legislatore, che statuisce l'eventuale disciplina cogente non modificabile, né dalle parti, né dal giudice<sup>89</sup>.

Costoro hanno avuto altresì l'*occasione* di pronunciarsi su un supposto obbligo di rinegoziazione del contratto. Secondo altri recenti arresti, «appare esservi una unanimità di vedute in ordine alla circostanza per cui, pur volendo ricavare dall'ordinamento un ipotetico (ma tutt'altro che pacifico) obbligo di rinegoziazione del contratto ... un tale obbligo non potrebbe mai tradursi nella cogenza di concludere il contratto modificativo imposto d'imperio dal giudice alle parti, completamente annichilendone l'autonomia contrattuale»<sup>90</sup>. I medesimi giudici hanno concordato coi precedenti arresti, affermando che non risulta praticabile la strada della impossibilità sopravvenuta parziale ai sensi dell'art. 1464 c.c., ciò che consentirebbe secondo la disposizione mentovata, di richiedere una riduzione del canone. Difatti, ciò su cui ha inciso la normativa emergenziale appare essere non tanto l'idoneità strutturale dell'immobile locato a essere oggetto di godimento da parte del conduttore, quanto piuttosto l'esercizio di talune attività commerciali nello stesso. Aspetto, quest'ultimo, che si riverbera in maniera indiretta sul concreto sfruttamento economico del medesimo immobile, ma che di per sé non è un aspetto connaturale alle obbligazioni che gravano sul locatore. *Mutatis*

<sup>88</sup> Cfr. Trib. Roma, ord. cit., par. 5.

<sup>89</sup> Cfr. Trib. Roma, *ibidem*.

<sup>90</sup> Cfr. Trib. Napoli, 1° aprile 2021, n. 1874, in *Pluris*.

*mutandis*, l'obbligo del locatore di garantire il pacifico godimento dell'immobile può attenersi solo alle caratteristiche intrinseche della cosa locata che ne possano consentire l'uso pattuito, ma non può spingersi sino a far gravare sul locatore finanche il rischio della eventuale sopravvenuta non praticabilità della specifica attività commerciale che il conduttore abbia deciso unilateralmente di avviare. Ciò, piuttosto, costituisce il tipico "rischio di impresa" che grava, invece, esclusivamente sul conduttore<sup>91</sup>. In conclusione, sono svariate le occasioni nelle quali "non esiste un obbligo di rinegoziazione dei contratti svantaggiosi per una parte, né un potere del giudice di intervenire nel regolamento contrattuale (salvo i casi tassativi previsti dall'art. 1384 c.c.)"<sup>92</sup>. Difatti, «appare di chiara evidenza che la rinuncia ad un proprio diritto contrattuale per addivenire ad un accordo costituisca certamente un apprezzabile sacrificio che non può essere preteso dal locatore»<sup>93</sup>.

A dispetto di tale orientamento apparentemente granitico, non sono mancate pronunce maggiormente pioneristiche. In particolare, un arresto è pervenuto a rigettare una domanda di risoluzione del contratto di locazione ad uso commerciale, con ciò evidenziando particolari circostanze del caso concreto<sup>94</sup>. *Prima facie*, era imputato, *a parte convenuta*, il mancato pagamento di tre canoni mensili: tuttavia, due di tali tre canoni indicati in citazione ricadevano nel periodo di *lockdown* generalizzato che ha riguardato l'intera nazione nell'anno 2020 a causa della pandemia da Covid-19. In via ulteriore, parte conduttrice, con bonifico bancario, aveva provveduto a purgare le morosità addebitate, sia pure solo dopo la notifica dell'atto di citazione. Dalla lettura delle memorie integrative era emerso che la medesima parte aveva altresì provveduto al pagamento dei canoni successivi a quelli controversi, con ciò mostrando «la seria volontà di conservare l'efficacia del contratto e il godimento dell'immobile». Il soddisfacimento, anche tardivo,

<sup>91</sup> Cfr. Trib. Napoli, sent. cit. Del resto, in tal senso anche taluni precedenti della Suprema Corte di Cassazione, i quali pacificamente affermano che nelle locazioni commerciali, l'inadempimento del locatore può configurarsi solo quando la mancanza di titoli autorizzativi dell'attività commerciale da svolgersi da parte del conduttore dipenda da carenze intrinseche del bene locato. Cfr. Cass., sez. III, 26 luglio 2016, n. 15377, in *Pluris*. Si è altresì specificato che l'obbligo del locatore di mantenere la cosa locata in istato da servire all'uso pattuito, ex art. 1575, comma 2, c.c., consiste nel provvedere a tutte le riparazioni necessarie a mantenere la cosa in quello stato, non potendo esso comprendere modificazioni e trasformazioni necessarie a rendere il bene locato idoneo all'esercizio commerciale del conduttore. Cfr. Cass., sez. III, 27 maggio 2008, n.13761, in *avvocato.it*

<sup>92</sup> Cfr. Trib. Roma, 19 febbraio 2021, n. 3114, in *Pluris*.

<sup>93</sup> Cfr. Trib. Roma, 9 aprile 2021, n. 6174, in *Pluris*.

<sup>94</sup> Cfr. Trib. Napoli, 19 marzo 2021, n. 785, in *Pluris*.

dell'interesse creditorio evidenziava nella specie l'assenza di colpa della parte resistente, la quale aveva giustificato la *dilatio* rilevando l'esistenza di una problematica oggettiva a livello nazionale a ragione della pandemia. La pronuncia non si spinge (come pure avrebbe potuto fare in modo audace) a richiamare i canoni della buona fede oggettiva, ma reputa che manchi, ai fini dell'inadempimento, il requisito della gravità del medesimo, ovverosia la sua non scarsa importanza, valutando a tal fine soprattutto il comportamento successivo della parte convenuta, proteso a recuperare i ritardi maturati al fine di mantenere in vita il rapporto contrattuale<sup>95</sup>. Dal tenore della decisione sembra potersi desumere, quindi, un atteggiamento maggiormente protettivo delle Corti di merito, quantomeno nei confronti del locatario, con riguardo a richieste di risoluzione del contratto, qualora tale ultimo abbia dimostrato, concretamente e con specifiche allegazioni, la seria volontà di adempiere, nel caso di specie attraverso il pagamento, anche ritardato o parziale, delle prestazioni pattuite. La declaratoria che tuttavia appare maggiormente dirompente e che ha suscitato discussioni anche in letteratura è invece giunta ad una affermazione chiaramente in senso contrario rispetto al primo orientamento pretorio sopra descritto <sup>96</sup>. Per la prima volta nella giurisprudenza di primo grado, e con specifico riguardo ai contratti di locazione condizionati dalla pandemia, si riconosce il diritto alla dequotazione del canone, proporzionata alla sopravvenuta diminuzione del godimento. Esso costituisce specifica applicazione di un principio generale che presiede la disciplina delle locazioni, quello della sinallagmaticità fra godimento e corrispettivo, per cui ove quel godimento non è attuabile secondo le previsioni contrattuali, il conduttore è abilitato a pretendere una riduzione del relativo corrispettivo e financo legittimato alla risoluzione del rapporto, quando quel decremento è tale da comportare il venir meno dello stesso interesse del conduttore alla persistenza della locazione. Si è riconosciuto, nella chiusura degli immobili adibiti ad uso commerciale in conseguenza del blocco delle attività per il c.d. *lockdown*, un'ipotesi di impossibilità temporanea e parziale della prestazione dovuta dal locatore al conduttore. Per effetto delle disposizioni emergenziali, infatti, la prestazione del locatore di assicurare il godimento dell'immobile per la destinazione contrattuale non è stata adempiuta nella sua interezza, essendo stato precluso, per una parte del periodo in questione, lo svolgimento dell'attività professionale per il quale esso era stato locato e quindi l'uso pattuito. Per tale lasso temporale, conclude il Tribunale, è ragionevole ritenere che l'importo dovuto a titolo di canone di locazione non sia dovuto nella sua interezza. In particolare, si richiama la

<sup>95</sup> Cfr. Trib. Napoli, sent. cit.

<sup>96</sup> Cfr. Trib. Milano, 18 maggio 2021, n. 4355, in [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it)

necessità di dare maggiore rilevanza alla clausola generale di buona fede, considerato che ciascuno deve agevolare l'altro nell'esecuzione della propria prestazione, e che nella prassi intercorsa tra le due parti contrattuali, era spesso tollerato un pagamento in leggero ritardo del canone locatizio. Tale ultima circostanza era idonea a fondare un legittimo affidamento del conduttore. In più, per il periodo in cui si è avuta chiusura totale degli esercizi commerciali, non ha avuto attuazione la c.d. causa in concreto del contratto, dovendosi riconoscere la incidenza della pandemia sul rapporto negoziale preesistente. Quanto alla quantificazione della riduzione del canone, la Corte ha ritenuto di poter applicare, in via estensiva, i principi<sup>97</sup> di cui all'art. 216, l. n. 77/2020. Tale ultima pronuncia sembra essere in qualche modo corroborata da numerosi provvedimenti emessi in sede cautelare che hanno quasi sempre rigettato le richieste di rilascio immediato degli immobili presentate dalle parti locatrici. Le ordinanze e i decreti che si sono occupati della *vexata quaestio* hanno anche in queste ipotesi "salvato" i conduttori dall'obbligo di abbandonare lo spazio immobiliare, qualora sia stata verificata la esistenza di talune circostanze quali, ad esempio, il pagamento almeno del 50% del canone originariamente pattuito<sup>98</sup>. Ciò dimostra la seria volontà di mantenere in vita il negozio giuridico, dovendosi riconoscere le concrete difficoltà e le mancanze di liquidità ingenerate eziologicamente dalla pandemia. Le richieste di rilascio dell'immobile sono state invece accolte qualora non si sia dimostrata una volontà seria di cooperare col creditore della prestazione, non essendo stato adempiuto il canone, né tardivamente, né parzialmente, e qualora la richiesta di riduzione del canone sia formulata in modo 'vago e generico'<sup>99</sup>. In altri casi, sono stati ravvisati motivi ostativi al rilascio dell'ordinanza *ex* art. 665 c.p.c. sulla base della involontarietà dell'inadempimento, qualora si sia prestata acquiescenza ai provvedimenti, regionali e nazionali, di chiusura delle attività commerciali, e qualora le società conduttrici abbiano documentato, con solerzia, entrate e uscite relative al periodo pandemico, allegando le spese sostenute e le perdite subite<sup>100</sup>.

7. *Osservazioni critiche in merito al disegno di legge di riforma del Codice civile. Una occasione persa per il legislatore domestico. Prospettive ricostruttive.*

Dall'*excursus* pretorio appena descritto è facile avvedersi di come le Corti di merito interne abbiano adottato un atteggiamento restrittivo di tipo

<sup>97</sup> Cfr. Trib. Milano, sent. cit.

<sup>98</sup> Cfr. Trib. Napoli, ord. 8 novembre 2020, inedita, Trib. Napoli, ord. 11 maggio 2021, inedita.

<sup>99</sup> Cfr. Trib. Napoli, 21 marzo 2021, inedita.

<sup>100</sup> Cfr. Trib. S. Maria Capua Vetere, 2 febbraio 2021, in *Pluris*.

prudenziale, che risulta essere molto più vicino allo ‘spirito’ precauzionale francese che non a quello, molto più progressista, di matrice alemanna. Si riscontra nello specifico un timore quasi reverenziale nei confronti della lettera del Codice, essendo invece osteggiato un richiamo generale alla buona fede oggettiva e all’equità, ritenute evidentemente prive di solide basi di diritto positivo, e comunque esposte agli arbitrii del medesimo plesso giudiziario. Le motivazioni addotte dalle Corti sono lapalissiane e, all’apparenza, tetragone. Da sempre, si è ritenuto che il giudice non possa ingerirsi nella ‘cittadella’ dell’autonomia privata, la quale ultima risulta espressione della volontà sovrana delle parti<sup>101</sup>. Il principio volontaristico, di origine francese e che fonda sin dall’ottocento anche la matrice civilistica italiana, osta a che il contenuto del negozio venga successivamente riveduto da un terzo, seppur munito di potere giurisdizionale, terzo che sia diverso dalle parti originarie del contratto. Né, se il creditore rifiuta di rinegoziare, è passibile di alcun rimprovero: la rinegoziazione impone infatti un ‘sacrificio apprezzabile’, destinato a riverberarsi negativamente sulla sua sfera giuridica patrimoniale. Se il contratto soffre di sopravvenienze negative che lo inficiano, non può essere imposto alcun obbligo giuridico alla parte di addivenire a una nuova stipulazione, poiché solo la parte singola conosce quali siano i propri interessi e meglio può valutarli, e comunque non può essere destinataria di una limitazione della propria autonomia contrattuale. Pertanto, come evidenziato dalla relazione al codice civile del 1942, l’unica soluzione è quella dello scioglimento del rapporto obbligatorio.

Senonché, tale indirizzo ermeneutico appare eccessivamente ancorato al dato letterale delle disposizioni codicistiche, tralasciando l’opportunità (molto avvertita, oggi) di una interpretazione costituzionalmente orientata del sistema civilistico moderno, e in particolare delle norme che regolano lo

---

<sup>101</sup> La metafora fu adoperata per la prima volta da Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929, con nota di A. PALMIERI, *La riducibilità «ex officio» della penale e il mistero delle «liquidated damages clauses»*; in *Contratti*, 2000, p. 118, con nota di G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*, *ivi*. La pronuncia, capostipite di un orientamento oramai consolidato, si occupava della riduzione della clausola penale per eccessiva e manifesta sproporzione. In tal caso, si specificò, è l’art. 1384 c.c. che autorizza l’intervento del giudice in via equitativa. Tuttavia tale intervento è da escludersi al di fuori delle ipotesi tipiche espressamente previste dal legislatore italiano. Per approfondimenti, cfr. F. MACARIO, *L’autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 2016, 4, p. 52 ss.; P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000, *passim*.

scioglimento e la modifica del contratto<sup>102</sup>. Interpretazione assiologicamente orientata che risulta ancor più necessaria, oggi, alla luce della mancanza di un intervento normativo sistemico che invece ha interessato i modelli alemanno e francese. Come più volte si è avuto modo di sottolineare, è mancato un coraggioso passo in avanti volto a dare pregnanza applicativa, in questo specifico campo, alla buona fede oggettiva. In sostanza, mentre nella esperienza tedesca il §242 BGB (e il suo ‘figlioccio’ ideale, il §313 BGB) si è rivelato un ‘fecondo tronco’ da cui sono germogliati importanti corollari pretori e normativi, il medesimo processo ermeneutico, in senso evolutivo, è mancato in Italia, per lo meno con riguardo alla eventualità della rinegoziazione dell’accordo. Gli artt. 1175 e 1375 c.c., pur presenti nell’impianto generale codicistico, e pur avendo invece portato a frutti maturi in altri campi comunque relativi alla negoziazione, sono rimasti essenzialmente ‘sterili’, per le ragioni evidenziate: la perdurante ostilità delle Corti di merito e, per un verso, della medesima Cassazione, ad intervenire nell’ambito dell’autonomia privata.

Appaiono, invece, assolutamente meritevoli di lode i tentativi della dottrina, che attraverso più strade ha cercato di aprire la via a una maggiore flessibilità del diritto dei contratti. Raffinata appare la ricostruzione volta a rivisitare l’art. 2932 c.c. in chiave generale, legandolo a doppio filo all’art. 1375 c.c. È innegabile che, al tempo in cui fu redatto, l’art. 2932 c.c. venne pensato, se non come norma eccezionale, quantomeno come norma ‘speciale’, riferentesi al contratto preliminare<sup>103</sup>. Tuttavia è la stessa Cassazione che, anche in tempi non risalenti, ha chiarito che l’art. 2932 c.c. si estende a tutti gli obblighi di contrarre comunque previsti dall’ordinamento giuridico<sup>104</sup>. Se il primo passo

<sup>102</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020.

<sup>103</sup> Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli, cit., par. 166: «Si è poi disciplinata l’ipotesi di contratto preliminare di un contratto di alienazione. Ho considerato che, quando si promette un’alienazione, vi è normalmente un obbligo di controprestazione da parte di chi domanda la sentenza costitutiva degli effetti del contratto; se costei ottenesse la sentenza medesima senza adempiere la sua obbligazione o senza essere pronta ad adempierla, si verificherebbe l’effetto di un trasferimento che viola il sinallagma. Ho previsto, perciò, che la parte che domanda l’esecuzione del contratto preliminare di alienazione deve dimostrare di avere adempiuto o di avere già offerto realmente la sua prestazione, senza di che il giudice dovrà astenersi dalla pronuncia richiesta: per rendere certo il trasferimento prodotto dalla sentenza ho evitato in questa materia pronunce condizionali». Sul tema si veda riguardo a R. CALVO, *Contratto preliminare. Art. 1351 (Il codice civile. Commentario)*, Milano, 2016;

<sup>104</sup> Una delle poche eccezioni sembra essere quella del ‘preliminare del preliminare’, ove invece non è concessa la tutela costitutiva in considerazione della fase embrionale delle trattative e della vaghezza dell’accordo sinora raggiunto, qui si

ermeneutico della Cassazione è andato nel senso di generalizzare l'applicazione del rimedio costitutivo per tutti gli obblighi legali di contrarre, non è disagevole concludere che un tale obbligo possa discendere anche dal combinato disposto degli artt. 1175 e 1375 c.c. La buona fede oggettiva, infatti, costringe la parte a fare tutto ciò che appare necessario per il buon esito dell'operazione<sup>105</sup>. Né è possibile affermare che la rinegoziazione è un sacrificio apprezzabile a carico del creditore, posto che anche costui ha interesse alla prosecuzione del rapporto e che da essa potrebbe trarre benefici maggiori rispetto allo scioglimento. Più che un sacrificio apprezzabile, si tratta di una opzione foriera di guadagni futuri.

Peraltro, nel senso di instillare vitalità e rilevanza all'obbligo giuridico di rinegoziare sembra porsi la medesima Corte di Cassazione, in una nota relazione tematica<sup>106</sup>. A parere della Suprema Corte, i contratti sembrano dover essere rigidamente rispettati nella loro formulazione primigenia nella sola misura in cui rimangano inalterati i presupposti e le condizioni di cui le parti hanno tenuto conto al momento della stipula. Per converso, ogni qualvolta una sopravvenienza rovesci il terreno fattuale e l'assetto giuridico-economico sul quale si è eretta la pattuizione negoziale, la parte danneggiata *in executivis* deve poter avere la possibilità di rinegoziare il contenuto delle prestazioni. Qualora a lungo termine, gli accordi dei paciscenti paiono valere "*rebus sic stantibus*"<sup>107</sup>.

Si richiama, a fondamento di un obbligo di rinegoziare, l'art. 1374 c.c.: secondo la lettera della disposizione, il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità. La disposizione tratteggia l'intervento diretto sul contratto squilibrato da parte del giudice, in ossequio ad un principio di eterointegrazione correttiva del contenuto negoziale secondo equità. Anche attraverso la norma richiamata si è sottointesa, nei contratti a lunga durata, una clausola di rinegoziazione, "in virtù della quale il dato obsoleto, o non più funzionale, possa essere sostituito da quello aggiornato e opportuno"<sup>108</sup>. Inoltre, sempre secondo l'orientamento

---

in applicazione dei principi di buona fede oggettiva. Cfr. Cass., Sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Pluris*.

<sup>105</sup> Sul tema si veda in dottrina P. GALLO, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2014 e G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013.

<sup>106</sup> N. 56/2020, sopra citata.

<sup>107</sup> Relazione tematica n. 56/2020, p. 21.

<sup>108</sup> Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, 3a ed., Torino, 2004, II, p. 722 ss., il quale ritiene che i contraenti possano escludere convenzionalmente il descritto obbligo, attraverso una clausola di "non revisibilità" dell'accordo.

della Suprema Corte, l'art. 1467 c.c. è norma dispositiva che può essere derogata sia dalla volontà delle parti che da norme imperative di legge, nel cui novero si iscrive proprio il precetto che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.). Fondamentale è l'affermazione, contenuta nella relazione, secondo la quale la buona fede rappresenta, dunque, un importante metro di approccio alle problematiche correlate all'esecuzione del contratto, possedendo valore d'ordine pubblico<sup>109</sup>, collocandosi fra i principi portanti del nostro ordinamento sociale e rivelando un fondamento etico che trova rispondenza nell'idea di una morale sociale attiva o solidale. Gli artt. 1175 e 1375 c.c. sono, dunque, espressione del principio solidaristico (di matrice costituzionale, all'art. 2) che innerva il nostro sistema, con riferimento al quale ogni interpretazione restrittiva della clausola generale anzidetta smarrisce ogni significazione<sup>110</sup>. *Expressis verbis*, la relazione sancisce che proprio la portata sistematica della buona fede oggettiva nella fase esecutiva del contratto *ex art.* 1375 c.c. assume assoluta centralità, postulando la rinegoziazione come cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute<sup>111</sup>. La correttezza è suscettibile di assolvere, nel contesto dilaniato dalla pandemia, la funzione di salvaguardare il rapporto economico sottostante al contratto nel rispetto della pianificazione convenzionale<sup>112</sup>. In conclusione, il contemperamento tra istanze creditorie e debitorie relative alle prestazioni temporaneamente impossibili o eccessivamente onerose va intrapreso attraverso il ricorso alla rinegoziazione<sup>113</sup>. Il venir meno dei flussi di cassa, infatti, è un contagio diffuso, rispetto al quale la terapia non è la cesura del vincolo negoziale, ma la sospensione, postergazione, riduzione delle obbligazioni che vi sono annesse<sup>114</sup>. La risposta all'esigenza manutentiva del contratto e di rinegoziazione necessaria del suo contenuto va ritrovata nell'attuale diritto dei contratti riletto al lume del principio di solidarietà e rivitalizzato in un'ottica

<sup>109</sup> Si abbia riguardo sul tema a G. PERLINGIERI - G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, *passim*.

<sup>110</sup> Cfr. relazione tematica n. 56/2020, cit., p. 22.

<sup>111</sup> La Corte, cioè, sembra fare sue le tesi già esposte a suo tempo da V. ROPPO, *Il contratto*, 2 ed., in *Trattato di diritto privato*, Iudica - Zatti, Milano, 2011, p. 968.

<sup>112</sup> In tal senso anche C. SCOGNAMIGLIO, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020.

<sup>113</sup> Sul tema della rinegoziazione, in generale F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 774 ss.; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss; ID., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.; C. CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005.

<sup>114</sup> Cfr. Relazione tematica, cit., p. 23.

costituzionalmente orientata attraverso la clausola di buona fede, che di quel principio è il portato codicistico. La clausola generale di buona fede diviene, in questa prospettiva, garanzia di un comportamento corretto nella fase di attuazione delle previsioni contrattuali<sup>115</sup>.

Inoltre, non va trascurato un ulteriore aspetto. Come sottolineato da autorevole dottrina, gli interessi delle parti colorano la causa del contratto, e quindi la funzione del rapporto. In ogni controversia che riguardi un negozio giuridico bilaterale a carattere patrimoniale, l'indagine non può esaurirsi alla sua struttura, senza approfondirne la funzione<sup>116</sup>. Più precisamente, se ci si limitasse al profilo strutturale, cioè alla relazione tra le situazioni, non si riuscirebbe ad individuarne effettivamente la disciplina, la funzione di quella obbligazione. Il profilo funzionale e quello causativo esprimono la medesima esigenza, cioè l'individuazione e il completamento di una relazione tra situazioni soggettive. L'*accipiens*, secondo che la causa sia l'una o l'altra, ha, oppure no, determinati poteri e obblighi. Ora, se la sopravvenienza dell'evento negativo (es. pandemia) è tale da ostacolare del tutto o in parte la realizzazione della causa, è chiaro che il negozio non può più svolgere la funzione alla quale era destinato. Allora, sembra potersi affermare che un obbligo di rinegoziare scaturisca, prima ancora che dalla base normativa di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., logicamente dalla medesima configurazione funzionale del negozio giuridico, che necessita, sempre, di una causa concretamente valida e di possibile realizzazione.

Se eventi sopravvenuti influenzano la funzionalità e i presupposti del contratto, il rimedio dello scioglimento (o, peggio, della nullità), non appare funzionale allo stesso scopo che si è prefissati di raggiungere, e allora l'istituto della rinegoziazione interviene a ristabilire un bilanciato meccanismo contrattuale, che rende la realizzazione della causa concretamente possibile.

Quanto detto, del resto, sembra essere confermato dall'argomento di diritto comparato, nella parte in cui la giurisprudenza tedesca fa espresso riferimento all'argomento ipotetico e a quello 'economico-aziendale'. Come si è avuto modo di vedere, se appare evidente che le parti non avrebbero concluso il contratto, o comunque non alle medesime condizioni, se avessero conosciuto l'evento sopravvenuto in anticipo, è lapalissiano che detto contratto va rivisto, se non altro per evitare costose e poco efficaci caducazioni definitive del negozio che comunque può continuare, se mantenuto, a svolgere le sue funzioni ed apportare esternalità positive per le

<sup>115</sup> Cfr. F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr. Europa*, 2005, p. 509 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Politica dir.*, 2007, p. 451 ss.

<sup>116</sup> Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*.

parti<sup>117</sup>. In via ulteriore, si impone una indagine sul rischio contrattualmente assunto dai paciscienti, che anch'esso connota la causa. Qualora si accerti che l'evento pandemico non rientri nei rischi ordinari eziologicamente riconnessi allo svolgimento della specifica attività commerciale inficiata e che tale evento non era stato assunto contrattualmente come rischio dalla parte, risulta chiaro che il rimedio dello scioglimento appare, già *prima facie*, 'ingiusto' e contrario alla buona fede oggettiva.

Ciò nonostante, gli appelli e i moniti rivolti da più parti (dogmatiche e pretorie a un tempo), non sono stati finora accolti dal legislatore ordinario. Un disegno di legge è allo stato allo studio delle Camere, ma al momento in cui si scrive permane privo di modifiche rilevanti e ancora in una fase 'di stasi'. L'art. 1, lett. i), del d.d.l. n. 1151 del 2019 espressamente prevede «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti». La disposizione contiene, finalmente, un riferimento espresso e di diritto positivo alla buona fede oggettiva, che dunque sembra essere confermata nel suo ruolo di base normativa e ideale a un tempo. Inoltre, appare anche 'ripresa' la 'tradizione' giuridica inaugurata con le clausole di *hardship* e con i principi Unidroit, ove la rinegoziazione è un rimedio coercibile dal giudice in mancanza di accordo tra le parti, ciò che rende l'istituto particolarmente efficace e dotato di valido *enforcement*, evitando che resti lettera morta.

L'art. 1, lett. i) ha, senza dubbio, l'ambizione di assurgere all'analogo nazionale del §313 BGB e dell'art. 1195 *code civil*. A ben vedere, tuttavia, il testo del §313 BGB appare maggiormente esaustivo, perché fa espresso riferimento tanto all'argomento ipotetico (... «e le parti non avrebbero concluso il contratto o avrebbero concluso il contratto con un contenuto diverso se avessero previsto tale cambiamento») che a quello del rischio contrattuale (... «tenendo conto di tutte le circostanze del singolo caso, in particolare la distribuzione del rischio contrattuale»)<sup>118</sup>. L'art. 1195 *code civil*,

<sup>117</sup> Cfr. A.M. BENEDETTI - R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 2020; G. VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 5; M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, p. 314 ss.

<sup>118</sup> Il §313 BGB testualmente recita (in lingua originale): «(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann

invece, appare sostanzialmente diverso, perché fa riferimento esclusivamente ai casi di “eccessiva onerosità sopravvenuta”, limitando così il campo applicativo dell’istituto<sup>119</sup>.

Il legislatore italiano, quantomeno in sede progettuale, sembra aver prescisso da tali requisiti, ritenendo irrilevante l’esame del rischio contrattualmente assunto dalle parti (ritenendolo, forse, inutile, in quanto si porrebbe in ogni caso come requisito inespresso in sede di esame giudiziale), né menzionando l’argomento ipotetico. Invero, entrambi i requisiti appaiono di necessaria introduzione nel testo normativo definitivo. E ciò in considerazione che essi costituiscono straordinari ‘filtri’ che consentono di selezionare i casi di specie, nei quali realmente il debitore appare meritevole di protezione: allorquando l’evento sopravvenuto non era stato assunto contrattualmente come rischio, e non avrebbe concluso il contratto, o lo avrebbe concluso a condizioni diverse, se avesse conosciuto la sopravvenienza. Entrambi i requisiti, poi, appaiono conformi e coerenti rispetto al principio di buona fede oggettiva<sup>120</sup>.

---

Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung».

<sup>119</sup> L’art. 1195 code civil testualmente recita: «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe».

<sup>120</sup> La rinegoziazione quale strumento di governo delle sopravvenienze contrattuali è stata oggetto di approfondita indagine da parte di numerosi interpreti. *Ex multis*, si segnalano i contributi di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, pp. 193 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, pp. 796 ss.; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, pp. 476 ss.; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione*,

Qualsiasi *discussant* sul testo del disegno di legge appare all'attualità tuttavia sterile, data la sua condizione di paralisi parlamentare<sup>121</sup>. Appare indubbio che il legislatore primario debba quanto prima colmare la lacuna normativa, accelerando il percorso formativo della legge, dando definitivamente soluzione al problema delle sopravvenienze contrattuali. Si tratta infatti, soprattutto con riguardo al recente evento pandemico, di una problematica che non può essere più ignorata dal Parlamento. La 'crisi' risulta tanto più evidente quando si consideri l'atteggiamento assolutamente restrittivo adottato dalle Corti di merito, che invece continuano a negare l'esistenza di tale obbligo di rinegoziazione, nonostante i numerosi argomenti normativi e dogmatici spesi in suo favore. La conseguenza della sua negazione si traduce, tuttavia, soprattutto in considerazione della vastità della pandemia ancora in corso, in un rischio di considerevole danno del sistema economico. La risoluzione del contratto infatti comporta, nella stragrande maggioranza dei casi, anche il risarcimento del danno da parte del debitore. Ciò finisce per aggravare ancora di più la sua già tragica situazione in campo patrimoniale, data la scarsità di liquidità economica generata dall'evento sopravvenuto. L'insolvenza dei debitori, e soprattutto delle imprese, può portare a procedure di liquidazione e fallimentari che hanno, quale risultato, solo quello di annientare il tessuto produttivo della nazione: una eventualità, questa, chiaramente da scongiurare.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ABAS P., *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riguardo alle sopravvenienze contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2018, 1, p. 27 ss.; ALLEGRETTI U., *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 marzo 2020, p. 2 ss.; ALPA G., *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl., p. 57 ss.; ANCEL F., B. FAUVARQUE-COSSON, *Il nuovo diritto francese dei contratti*, Torino, 2021, p. 203 ss.; ANCEL F., *Quel juge pour le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle?*, in *Recueil Dalloz*, 2017, 13, 721 ss.; BARBA V., *I rapporti contrattuali nel periodo di pandemia tra norme emergenziali e diritto comune*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2020, 2, p. 14 ss.; BARBI L., *La solidarietà sociale come risposta alla crisi del contratto: una disamina della legislazione emergenziale nell'era Covid-19*, in *Jus Civile*, 2021, 2, p. 406 ss.; BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di*

*rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, pp. 701 ss.; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

<sup>121</sup> Le ultime notizie reperibili si riferiscono ad uno stato di "discussione in sede di Commissione" da luglio dell'anno 2019 (cfr. il sito [www.senato.it](http://www.senato.it)).

*rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, 3, p. 467 ss.; BELLISARIO E., *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *Giustizia civile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, p. 129 ss.; BENEDETTI A.M., *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *Giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020; ID., *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "cura italia"*, in *Contratti*, 2020, 2, p. 213 ss.; ID., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *GiustiziaCivile.com*, 29 aprile 2020; BENEDETTI A.M., R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, 25 marzo 2020; BIANCA C.M., S. GRUNDMANN, *EU Sales Directive – Commentary*, Colonia, 2002; BUFFELAN-LANORE Y., V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, XV éd., Paris, 2017, p. 508 ss.; CALVO R., *Contratto preliminare. Art. 1351 (Il codice civile. Commentario)*, Milano, 2016; CACCAVALE C., *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005. ID., *Regole e prassi della rinegoziazione ai tempi della crisi*, in *Giustizia Civile*, 2014, 3, p. 825 ss.; CAPAREZZA FIGLIA G., *Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, 12, p. 422 ss.; CAPILLI G., *L'interpretazione del contratto secondo gli usi*, Napoli, 2017; CESARO V.M., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 260 ss.; ID., *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 165 ss.; CRUCIANI L., *La clausola generale di buona fede secondo il pensiero giuridico contemporaneo*, relazione presentata nel corso del Convegno “Privato, pubblico, globale nella prospettiva del diritto comparato”, Enna-Catania, 28-29 maggio 2010; CUFFARO V., *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *GiustiziaCivile.com*, 31 marzo 2020; DÄUBLER-GMELIN H., *Die Entscheidung für die so genannte Große Lösung bei der Schuldrechtsreform - Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, p. 2281-2289, spec. 2281-2284; DE CRISTOFARO G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore – l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000; DE MAURO A., *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 1*, p. 227 ss.; DE MINICO G., *Costituzione emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016, p. 34 ss.; DESHAYES O., T. GENICON, Y.M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, 2016, p. 386 ss.; DI GREGORIO V., *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprevision nel code civil francese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 3, 2018, p. 392 ss.; DIANA A.G., *La forza maggiore nella crisi dei rapporti contrattuali*, Milano, 2021; FABRE M., *Covid 19 et révision pour imprévision*, 5 maggio 2020, in *Affiches Parisiennes* (affiches-parisiennes.com); GABRIELLI E., *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 495 ss.;

GALGANO F., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr. Europa*, 2005, p. 509 ss.; GALLARATI F., *La reazione alla pandemia di Covid-19 negli ordinamenti composti: una panoramica comparata*, in *DPCE online*, 2021, vol. 47, 2, online; GALLETTI T., *Clausola rebus sic stantibus* (voce) in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2004, p. 18; GALLO P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano 1992, 85 ss.; ID., *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2014; GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., p. 774 ss.; ID., *Rinegoziazione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007, vol. agg. XV, p. 10 ss.; ID., *Rischio e parità di posizioni nei rimedi correttivi degli scambi di mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 52 ss.; ID., *Il rinegoziare delle parti e il potere del giudice*, in *Jus Civile*, 2019, 4, p. 397 ss.; GENTILI A., *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *GiustiziaCivile.com*, *Emergenza Covid-19 - Speciale n. 3*, p. 388 ss.; ID., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, pp. 701 ss.; ID., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 704 ss.; GIUSTI C., *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019; GIGLIOTTI F., *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giustiziacivile.com*, 1° aprile 2020; GRANDE STEVENS F., *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, pp. 193 ss.; GRONDONA M., *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 12 bis, p. 314 ss.; GRUNDMANN S., *Regulating Breach of Contract – The Right to Reject Performance by the Party in Breach*, in *European Review of Contract Law*, 2007, 3, p. 121 ss.; GRUNDMANN S., M. SCHÄFER, *Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2020, 2, p. 317 ss.; HONTEBEYRIE A., *Contrat et Covid-19 : le point sur « l'imprévision »*, 26 marzo 2020, in *racine.eu*; HOUTCHIEFF D., *Droit des contrats*, II éd., Paris-Bruxelles, 2016, p.442 ss.; IORIO G., *Gli oneri del debitore fra norme emergenziali e principi generali (a proposito dell'art. 91 del d.l. n. 18/2020, "Cura Italia")*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 368 ss.; IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, p. 11 ss.; LACHIEZE C., *Droit des contrats*, IV éd., Paris, 2016, p. 220-221 ; LAITHIER Y.M., *A propos de la réception des contrats relationnels en droit français*, in *Dalloz, Chr.*, 2006, p.1003 ss.; LECOURT A., *L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques*, in *RTDCom.*, 2016, p. 767 ; LIACE G., *Titoli di credito e Covid 19*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2020, 2, p. 621 ss.; LOMBARDI A., *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2007; LUCIANI M., *Avviso ai naviganti nel mare pandemico*, in *Questione Giustizia*, 2020, 2, p. 6 ss.; ID., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *AIC*, 2020,

2, p. 109 ss.; MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 312-331; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.; ID., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, V, *Rimedi*, 2, 2006, p. 689 ss.; ID., *I rimedi manutentivi, L'adeguamento del contratto e la rinegoziazione*, in *Tratt. Roppo*, V, 2, Milano, 2006, p. 705 ss.; ID., *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 2016, 4, p. 52 ss.; ID., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'*, in *Giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020; MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; MARCHESINI C., *L'impossibilità sopravvenuta nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, Milano, 2008; MAZEAUD D., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss.; NOVELLA BUGETTI M., *Brevi note su inadempimento e risoluzione ai tempi della pandemia*, in *Il diritto degli affari*, 2020, 2, p. 3 ss.; PALMIERI A., *La riducibilità «ex officio» della penale e il mistero delle «liquidated damages clauses»*, in *Contratti*, 2000, p. 118; PELLET S., *La garantie légale des biens de consommation – étude comparée des droits français, anglais et communautaire*, Villeneuve, 2003; PERLINGIERI P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, Art. 1230-1259*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 328 ss.; ID., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2000; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020; ID., *Pandemia da Coronavirus, rapporti contrattuali e giusti rimedi*, in *Il foro napoletano*, 1/2021, p. 83; PERLINGIERI G. - G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019; PILIA C., *Le Tutele dei diritti durante la pandemia Covid - 19: soluzioni emergenziali o riforme strutturali*, in *Pers. merc.* 2020, 2, p. 80; PISU A., *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017; PONTECORVO A., *La impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 2007; RESCIGNO G.U., *La catena normativa. Contributo al tema della fattibilità delle leggi*, in *Pol. dir.*, 1987, p. 351 ss.; RODORF R., *Il codice della crisi e dell'insolvenza ai tempi della pandemia*, in *Giustizia insieme*, 8 aprile 2020, p. 1 ss.; ROPPO V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Politica dir.*, 2007, p. 451 ss.; ID., *Il contratto*, 2 ed., in *Trattato di diritto privato*, Iudica - Zatti, Milano, 2011, p. 968; ROPPO V., R. NATOLI, R. CONTI, *Contratto e Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 28 aprile 2020, p. 3 ss.; ROSINA S., P. MENARIN, *Dall'emergenza sanitaria da covid-19 alla normativa - anche fiscale - in favore di privati e imprese*, Padova, 2020, (ebook), par. 3, AA.VV., *La legislazione emergenziale di interesse notarile*, in *Notariato*, 2020, p. 61 ss.; RUGGERI A., *Scelte tragiche e Covid-19*, in *Giustizia Insieme*, 24 marzo 2020, n. 4; RUSSO D., *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001; SACCO R., *Il contratto*, 3a ed., Torino, 2004, II, p. 722 ss.; ID., *La nozione del contratto*, in R. SACCO e G. DE

NOVA, Il contratto, I, 3a ed., in *Tratt. dir. civ.*, Sacco, Torino, 2004, p. 722-725 ss; SCOGNAMIGLIO C., *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020; SEMPRINI A., *Inadempimenti 'emergenziali': colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3 comma 6-bis, D.L. n. 6/2020*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 2020, vol. 71, fasc. 3/4, p. 759 ss.; SERRAO D'AQUINO P., *L'ombra del cigno nero sui rapporti negoziali: il riequilibrio contrattuale nelle locazioni ad uso commerciale a seguito delle restrizioni per il Covid-19*, in *Biodiritto*, 11 aprile 2020; SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, pp. 796 ss.; ID., *Rinegoziazione*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, II, Torino, 2003, p. 1217 ss.; SIRENA P., *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 3 suppl., p. 73 ss.; STEIN U., *La modernizzazione del diritto delle obbligazioni del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB – Codice civile tedesco) sulla base della Legge del 2001 sulla riforma del diritto delle obbligazioni (Schuldrechts-Modernisierungs-Gesetz)*, *Lezioni fiorentine 10/11/12 aprile 2017*, in *personaemercato.it*; THOBANI S., *Emergenza sanitaria e rimedi contrattuali: quali scenari*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2021, 1, p. 79 ss.; TINCANI C., *La sorte dei contratti di soggiorno in occasione della pandemia di Covid-19*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, 2020, p. 362 ss.; TOMMASINI R., *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003; TRIMARCHI P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010; TUCCARI E., *Note sull'introduzione della "revision pour imprévision" nel codice civile francese*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2017, p. 1517 ss.; ID., *Prime considerazioni sulla "Révision pour imprévision"*, in *Persona e Mercato*, 2018, 1, p. 131 ss.; VETTORI G., *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 5; VILLANACCI G., *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013; ZACCHEO M., *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustizia Civile*, 2020, 2, p. 245 ss.; ID., *Rischio e risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, Trento, 2021.

#### ABSTRACT

L'attuale pandemia da "SarS-Cov-2" ha stravolto le vicende giuridiche inerenti agli ordinari rapporti negoziali. Innanzi a tale catastrofico scenario, tanto gli interpreti che le Corti hanno progressivamente preso coscienza della biasimevole inadeguatezza dell'ordinamento giuridico italiano, inerente principalmente alla capacità di governare tali situazioni contrattuali. Il contributo osserva e analizza gli istituti di rinegoziazione del diritto straniero (francese, tedesco) al fine di fornire efficaci soluzioni *de iure condendo*, analizzando il recente disegno di legge domestico allo studio delle Camere e le ricostruzioni offerte dai formanti dottrinale e giurisprudenziale.

*The “SarS-Cov-2” pandemic has upset the legal events about ordinary negotiation relations. Faced with this catastrophic scenario, both the interpreters and the Courts have progressively become aware of the blameworthy inadequacy of the Italian legal system, mainly inherent in the ability to govern such situations. The paper observes and analyzes the institutes for the renegotiation of the contract of foreign law (French, German) in order to provide effective solutions “de iure condendo”, analyzing the recent bill being studied by the Italian Parliament and the reconstructions offered by the doctrine and internal jurisprudence.*

DOMENICO CROCCO\*

*“LE ROI EST MORT, VIVE LE ROI!”*  
CONSIDERAZIONI SULLA MONARCHIA  
NELLO STATO MODERNO  
TRA OBSOLESCENZA E PERDURANTE ATTUALITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. Attualità della forma istituzionale monarchica nella ricerca scientifica. – 2. Significato e valore del concetto di monarchia. - 3. La monarchia: radici, caratterizzazioni della forma assoluta e progressive evoluzioni. - 4. Il passaggio alla monarchia “costituzionale” ed a quella “parlamentare”. - 5. Lo stato autoritario tra le due guerre mondiali e gli attenuati residui rimasti in Europa: refluenze e differenziazioni con l'essenza stessa della monarchia “moderna”. - 6. Un breve *excursus* necessario sulle Costituzioni moderne: modalità di instaurazione e raccordo con i preesistenti ordinamenti. - 7. L'Italia monarchica dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana: una sintesi delle vicende più rilevanti. - 8. La forma di governo parlamentare in Italia e la peculiare figura del Presidente della Repubblica. - 9. La forma di governo parlamentare a prevalenza del Governo: il Regno Unito e la Corona. - 10. L'esperienza della Spagna: la “forma politica” monarchica parlamentare. - 11. Le peculiarità del federalismo in Belgio tra Comunità, Regioni e Stato. - 12. La figura del Capo dello Stato nelle esperienze contemporanee: il principio monarchico tra piena sussistenza e trasfigurazioni repubblicane. - 13. Alcune conclusioni: nella “Regalità” l'attualità della Monarchia.

1. *Premessa introduttiva. Attualità della forma istituzionale monarchica nella ricerca scientifica*

La monarchia, quale forma di governo in cui la titolarità del potere è assunta a vita da un solo soggetto fino alla sua morte o rinuncia per abdicazione, ritorna spesso nel dibattito pubblico e non solo per questioni di *gossip*.

---

\* Professore di Istituzioni di diritto pubblico e diritto pubblico comparato, Dipartimento di Scienze umane e sociali, UPM Uni-internazionale, Milano.

Nonostante, infatti, in alcuni manuali di diritto pubblico venga citata come mero fenomeno storico e in altri addirittura omessa, quasi a volerne sottolineare l'obsolescenza, la formula monarchica continua, per la sua perdurante attualità, ad essere oggetto del dibattito scientifico.

Tralasciando i fenomeni di puro costume (un esempio per tutti è rappresentato da quelli concernenti la Famiglia reale di Inghilterra), devono richiamarsi tutta una serie di recenti eventi riguardanti le Monarchie spagnola e olandese, che certamente inducono lo studioso di diritto pubblico, scevro da pregiudizi ideologici, ad interrogarsi sull'effettiva obsolescenza o sulla perdurante attualità di tale formula di governo.

E ciò sia per il rilievo che l'istituto monarchico indubitabilmente assume nei rispettivi ordinamenti, sia per le implicazioni costituzionali di carattere generale che ne derivano.

Appare allora innegabile il rilievo giuridico che hanno assunto nell'attuale ordinamento statale spagnolo, sotto il Governo di Pedro Sánchez, le inchieste sulla persona del re Juan Carlos di Borbone condotte dalla magistratura elvetica e dal Tribunale supremo spagnolo sui conti in Svizzera e le società *offshore* ricollegabili allo stesso re, nelle quali sarebbero convogliate presunte tangenti, e che hanno indotto il vecchio sovrano addirittura ad abbandonare la Spagna nel 2020<sup>1</sup>.

Alle vicende giudiziarie che hanno riguardato la monarchia dei Borbone-Spagna<sup>2</sup> e che hanno alimentato il dibattito sulla opportunità

---

<sup>1</sup> Come è noto, la Spagna è una monarchia parlamentare, in cui vi è la compresenza del Capo dello Stato, ruolo ricoperto dal re Felipe VI, e del Presidente del Governo, attualmente Pedro Sánchez Pérez-Castejón, che esercita il potere esecutivo.

Juan Carlos di Borbone è stato re di Spagna dal 1975, data in cui divenne ufficialmente Capo dello Stato in seguito alla morte del "Caudillo" Francisco Franco, fino alla sua abdicazione, nel 2014, a favore del figlio Felipe VI.

<sup>2</sup> La vicenda giudiziaria che ha coinvolto re Juan Carlos non rappresenta, infatti, un caso isolato per la Monarchia spagnola, ma va ad aggiungersi al recente scandalo che ha coinvolto l'Infanta di Spagna, Cristina di Borbone e di Grecia, figlia del re emerito e sorella dell'attuale sovrano Felipe VI, processata per finanziamenti illeciti assieme al marito, Inaki Urdangarin.

Si è trattato di un vero e proprio terremoto istituzionale che si è concluso con la condanna del cognato del re Felipe VI a sei anni e tre mesi di reclusione per prevaricazione, malversazione, frode, traffico di influenze e reati fiscali.

o meno di mantenere in vita tale forma di governo, si va però a contrapporre il comportamento tenuto dal re Felipe VI nei confronti dei moti secessionisti della Catalogna nel 2017-2019, che va certamente riconosciuto come espressione manifesta di grande equilibrio istituzionale.

Ancora nel 2021, l'istituto monarchico è venuto in rilievo nel dibattito costituzionale europeo a seguito dell'interrogazione parlamentare presentata dai liberal-democratici olandesi sulla possibilità di estendere il regime giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso (c.d. matrimoni gay) anche alle persone appartenenti alla famiglia reale e specificamente all'erede al Trono<sup>3</sup>.

La risposta affermativa dell'Esecutivo al surrichiamato quesito parlamentare ha, da un lato, chiuso la questione giuridica, dall'altro, ha invece evidenziato, ove ce ne fosse stato bisogno, i riflessi pubblicistici delle scelte personali degli appartenenti alla Famiglia reale sulla vita istituzionale dell'Olanda.

In particolare, nel caso dei Paesi Bassi, le conseguenze della questione sollevata recentemente in sede parlamentare in tema di diritto a succedere sul trono sono evidenti e non possono non stimolare una riflessione sull'attualità scientifica della più antica forma di governo che l'uomo abbia mai conosciuto.

D'altronde, la ricerca, quale investigazione sulla natura e sull'uomo condotta con metodo scientifico al fine di produrre un avanzamento delle conoscenze, e la scienza, che ne costituisce il prodotto, si basano sulla utilità sociale dalle medesime recate, ovvero nel fatto stesso di essere praticate, in rapporto ad interessi sociali "specifici" ed "attuali" (salute, ambiente, sviluppo, ecc.)<sup>4</sup>.

Proprio l'attualità della ricerca scientifica, e quindi l'essere di ciò che è sentito come vivo e presente, costituisce una caratteristica propria e necessaria del lavoro dello studioso di diritto pubblico che è chiamato

---

L'Infanta è uscita indenne dal procedimento giudiziario, perché assolta da ogni imputazione, anche se la Corona l'ha privata del titolo nobiliare di Duchessa di Maiorca concesso nel 1997 dal re Juan Carlos quale privilegio vitalizio.

<sup>3</sup> L'Olanda è una monarchia costituzionale su base ereditaria dal 1815 e il sovrano ricopre un ruolo preminentemente rappresentativo e di nomina del Primo ministro e dei giudici supremi.

<sup>4</sup> Cfr. SIRIANNI G., *La ricerca scientifica* [dir. cost.], in *Diritto on line - Enciclopedia Treccani*, 2019.

ad interrogarsi su temi attuali e funzionali alla società, concernenti la configurazione giuridica dello Stato, tanto nella prospettiva diacronica che in quella sincronica.

Ciò nondimeno, nel nostro caso, la monarchia rappresenta un istituto imprescindibile dello studio del diritto pubblico, in generale, e del diritto costituzionale e delle forme di governo, in particolare, perché attuale e tuttora vigente in tanti Paesi, non solo europei<sup>5</sup>.

La stessa evoluzione di tale branca del diritto comporta quindi l'esigenza dello studioso di aprirsi alla necessità di ricercare l'oggettivazione scientifica della materia pubblicistica, senza alcuna preclusione e preconconcetto circa lo studio della formula monarchica.

Partendo così dall'acclarata attualità (e, dunque, opportunità) scientifica dello studio della monarchia, il presente contributo si prefigge quindi di comprendere il fondamento "moderno" del principio monarchico tra piena sussistenza e trasfigurazioni repubblicane, le radici della formula monarchica, le caratterizzazioni della forma assoluta e le progressive evoluzioni, che hanno inciso sulla monarchia assoluta nel passaggio a quella "costituzionale" e a quella "parlamentare", nonché, di analizzare le refluenze e le differenziazioni con l'essenza stessa della monarchia "moderna" e gli attenuati residui della stessa rimasti in Europa a seguito delle due guerre mondiali.

Si tratta di un breve *excursus*, senz'altro "atipico", sulle Costituzioni moderne, sulle modalità di instaurazione e di raccordo con i preesistenti ordinamenti, che non può non prevedere la disamina dell'Italia monarchica, dello Statuto Albertino, della Costituzione italiana, nonché della monarchia del Regno Unito, dell'esperienza della "forma politica" monarchica parlamentare spagnola e del federalismo belga.

## 2. *Significato e valore del concetto di monarchia*

È "La Politica" di Aristotele ad esprimere nel modo più sintetico ed essenziale l'idea che risiede nell'espressione "*monarchia*" (dal greco *μοναρχία*, composto di *μόνος* – "*solo, unico*" - e *αρχία* – contenente la radice del verbo *ἄρχω* – "*governare, comandare*"), delineandola come

---

<sup>5</sup> Secondo le stime attuali nel mondo si contano più di quaranta Paesi che hanno come Capo di Stato un sovrano, ben dodici dei quali in Europa.

quella forma di governo nella quale “*l’esercizio del potere supremo dello Stato appartiene ad uno solo*”<sup>6</sup>.

Di certo, questa definizione, seguendo le varie parabole evolutive delle forme di governo (in particolare quella che ha condotto dalla formula monarchica “*assoluta*” a quella della monarchia “*costituzionale*”), non risulta esaustiva a causa della scarsità o quasi completa mancanza di lineamenti costanti e di fronte alla molteplicità degli elementi variabili che, nella storia, concorrono a caratterizzare tipi speciali di monarchie.

Appare dunque più opportuno parlare di un regime sostanzialmente, ma non esclusivamente, monopersonale, basato sul consenso, generalmente costituito su base ereditaria e fornito di quelle attribuzioni che la dottrina ha definito con il termine “*sovranità*”<sup>7</sup>.

La semplicità, consistente nell’accentramento del potere nelle mani del monarca, nonché l’efficacia storica dell’istituto *de quo*, rappresentano il motivo del suo indiscusso successo nel tempo e ben fanno intendere come le esperienze statuali europee, quali noi le conosciamo, abbiano avuto tutte, nella monarchia, la loro fondamentale matrice; laddove ha potuto identificarsi in una monarchia nazionale, essa ha compiuto sostanzialmente opera sin qui definitiva.

Caratteristica essenziale del regime monarchico è l’esistenza di una persona al vertice dell’organizzazione statale con caratteri di perpetuità ed irrevocabilità: il monarca è tale da quando sale al trono sino alla sua morte, potendo perdere il potere solo in caso di volontaria abdicazione (o per mezzo di una rivoluzione); l’elevazione al trono avviene per successione dinastica, ovverosia, per diritto di nascita, e scaturisce da un attributo personalissimo del soggetto o della sua famiglia, che detiene il diritto di regnare.

La naturale tendenza della monarchia ad identificarsi con un determinato nucleo familiare, legandosi al consenso quale elemento fondante, appare come carattere che ben distingue il nostro istituto dalla tirannide (che pure è regime unipersonale, definitivo ed accentratore la somma dei poteri in una sola persona): infatti il consenso tende a consolidarsi in termini fideistici e sentimentali nei

<sup>6</sup> ARISTOTILE, *Politica*, III, 5.

<sup>7</sup> OSTI L., voce *Monarchia*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VIII, Torino, 1939, p. 691 ss.

figli e nei discendenti del sovrano che abbia ben meritato agli occhi del suo popolo.

Questo consenso, prezioso fondamento della monarchia, storicamente è divenuto la significativa base del processo formativo ed unificatore dello Stato.

Il monarca, identificato su base ereditaria e seguito dal popolo, col tempo si trovò sempre più titolare di quei poteri di sovranità scaturenti dalla teoria del diritto divino e dalla riscoperta delle dottrine maiestatiche romanistiche, finché il *rex* non venne a coincidere con l'*imperator*<sup>8</sup> e, per l'effetto, l'unico depositario di quella *suprema maiestas* di cui diverrà titolare lo Stato contemporaneo dal XIX secolo in poi.

I poteri maiestatici, di supremazia, di dignità e di governo, ponevano il Re in una sfera di altissima dignità e gli attribuivano diritti personalissimi, consentendogli di reggere, in proprio o per delegati, l'intera *res publica* con un potere limitato soltanto dalla legge divina e naturale e dalle antiche consuetudini del regno che giurava di rispettare al momento della elevazione al trono<sup>9</sup>.

A partire dal tardo Medioevo feudale, il monarca cessò di essere il rappresentante, un delegato, del suo popolo: poiché il suo potere derivava direttamente da Dio, egli era naturalmente collocato in una sfera superiore, non era organo dello Stato, né la parte più importante di esso: più semplicemente, parafrasando Luigi XIV, era egli stesso semplicemente tutto lo Stato<sup>10</sup>.

### 3. *La monarchia: radici, caratterizzazioni della forma assoluta e progressive evoluzioni*

La nascita e l'affermazione di un potere *ab-solutus*, cioè tendente a mostrarsi come scevro da vincoli di ogni sorta, risiedono nella crescente necessità avvertita da parte del potere regio di emanciparsi da ingombranti condizionamenti esterni - Papato e Impero - nonché nel bisogno di opporsi a quella frammentazione del potere

<sup>8</sup> LE GOFF J., *Tra usurpazione e legittimità*, in LE GOFF J., *Il Re medievale*, Firenze, 2012, p. 21 ss.

<sup>9</sup> ROSSI L., voce *Re*, in *Nuovo Digesto Italiano*, X, Torino, 1939, p. 1171 ss.

<sup>10</sup> STUMBERGER H., *I caratteri dello Stato assoluto*, in MATTIONI A., FARDELLA F., *Teoria generale dello Stato e della Costituzione*, Torino, 2009.

tipicamente tardo-medievale, che vedeva i signori feudali come titolari di poteri autonomi.

La società agraria controllata dall'aristocrazia terriera e militare sviluppatasi nel periodo feudale fu il contesto originario delle monarchie europee<sup>11</sup>: esso comportava una struttura articolata e generalizzata che culminava al vertice con la figura del re, il cui potere era rafforzato dal carattere religioso dello stesso istituto monarchico e la cui sovranità veniva ad essere maggiormente legittimata tramite forme di verifica solenne da parte dell'autorità religiosa – la c.d. “*consacrazione*” – aventi lo scopo di attribuire il ruolo di “*designato da Dio*” o, comunque, come titolare di un potere, appunto, assoluto “*per grazia di Dio*”.

Se siamo ben distanti dalla pretesa di un'immedesimazione del Sovrano nella divinità o di una discendenza diretta dalla divinità stessa, elementi caratterizzanti le monarchie dell'antichità, è tuttavia ben evidente come manchi ancora sul piano dottrinale una piena giustificazione della essenza stessa della “*sovranità*” dei monarchi assoluti.

Tentativi aventi questo fine precipuo di legittimazione<sup>12</sup> furono operati in un lungo lasso di tempo. Il primo fu compiuto da parte di quei giuristi che, rielaborando profondamente la tradizione giuridica propria del diritto romano, tentarono di giustificare la pretesa del re di Francia Filippo IV, detto “il Bello” (sec. XIII) di essere indipendente dal Papa e dall'Imperatore romano germanico.

In seguito, di pari passo con l'affermata indipendenza del re da condizionamenti esterni, si andò consolidando il principio della sua piena, centrale ed illimitata autorità all'interno dello Stato. Emblematiche furono, al riguardo, le posizioni di Jean Bodin<sup>13</sup>.

---

<sup>6</sup> Sull'evoluzione istituzionale delle monarchie feudali, monarchie nazionali e monarchie liberali, cfr. ORTINO S., *Diritto costituzionale: storia ordinamenti teoria*, Firenze, 1985. Sotto un profilo storico, circa l'affermazione dello stato monarchico, cfr. TILLY CH., *La formazione dello stato in occidente e le teorie della trasformazione politica*, in TILLY CH., *La formazione degli stati nazionali nell'Europa occidentale*, Bologna, 1984.

<sup>12</sup> Per una sintesi accurata delle dottrine sull'assolutismo: DE MATTEI R., voce *Assolutismo*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958, p. 917 ss.

<sup>13</sup> BODIN J., *Six livres de la République*, Paris, 1577.

La teoria della legittimazione di un potere regio integralmente libero da limiti interni e/o esterni rinviene essenzialmente nelle sacralità “*derivata*” il fondamento della autorità illimitata del Sovrano.

In seguito le teorie dell’assolutismo lasciarono il posto a quelle del dispotismo “*illuminato*”<sup>14</sup> che dovevano giustificare un nuovo tipo di assolutismo, per certi versi più flessibile, riconducibile alle figure di Federico II di Hohenzollern di Prussia, e di Giuseppe II d’Asburgo-Lorena, Imperatore del Sacro Romano Impero (sec. XVIII): la novità di fondo risiedeva nel fatto che questi monarchi, pur avendo portato i loro sistemi statali al massimo della concentrazione del potere e del principio di autorità, iniziavano a ritenere necessario procedere ad una serie di riforme, sia pure in via unilaterale (in applicazione del concetto di “*graziosa concessione*”), che tenessero in debito conto le esigenze tanto quelle collettive quanto individuali.

In tempi recenti (sec. XVIII-XIX), quando l’ideologia laico-liberale iniziò con successo lo smantellamento dell’apparato monarchico, venne elaborata, per conseguente reazione, una ideologia monarchico-conservatrice che, chiamata a difendere strenuamente l’istituto monarchico, ne sosteneva, in primo luogo, il carattere naturale per il perfetto funzionamento della società, in secondo luogo ne sottolineava la necessità al fine di garantire l’ordine sociale tramite una autorità stabile ed indipendente ed infine ne proclamava l’indispensabilità del ruolo per supplire alle inadeguatezze della democrazie ed ai rischi delle dittature, che spesso costituiscono una deriva quasi fisiologica delle prime ove affette da un malfunzionamento prolungato.

Merita osservare che, nella sua accezione “*pura*”, la forma di Stato monarchica si è concretizzata in Europa soltanto nel periodo dell’assolutismo *stricto sensu*; furono il progredire e l’avanzare della borghesia, che otteneva la sua diretta rappresentanza nell’ambito dei parlamenti nazionali, a condurre ad una forma di governo dualista, caratterizzata dalla ripartizione del potere sovrano fra re e parlamento, realizzando, così, la forma monarchica meglio conosciuta come “*costituzionale*”; infine, l’incessante affermarsi della supremazia parlamentare – e quindi del principio democratico – portò ad una

<sup>14</sup> ASTUTI G., *I caratteri dell’Assolutismo illuminato*, in MATTIONI A., FARDELLA F., *Teoria generale dello Stato e della Costituzione*, cit.

progressiva, conseguente, emarginazione politica del re, che integrava la forma monarchica “*parlamentare*”, prima, e “*democratico-parlamentare*”, poi<sup>15</sup>.

La forma monarchica che denominiamo “*assoluta*”, rappresentante l’essenza più intensa della monarchia, comportava una totale concentrazione (fino ad arrivare ad una vera e propria identificazione) del potere sovrano nella persona del monarca: giuridicamente tutte le funzioni pubbliche facevano capo al re, chiamato ad essere allo stesso tempo supremo legislatore e giudice apicale dell’amministrazione, nonché unico titolare del potere di governo nelle questioni interne ed internazionali<sup>16</sup>.

Uniche limitazioni, o tentativi di limitazione, del regio potere intervenivano in via di fatto e non di diritto – era il caso dei parlamenti nazionali e locali - ed inoltre, in tutti quei casi in cui era previsto espressamente l’intervento di altri organi concorrenti a formare la volontà del sovrano (come nel caso dei “*Consigli del Re*”, che più tardi, con la scissione della pregressa identità concettuale tra “*sovrانيتà*” e “*monarchia*”, assumeranno la differente denominazione di Consigli di Stato), questo aveva sicuramente carattere consultivo più o meno obbligatorio, ma non certamente vincolante<sup>17</sup>.

Appare indicativo sottolineare come, prima dell’assolutismo, la monarchia fosse caratterizzata da un ruolo limitato del re: questi, infatti, pur essendo titolare dei più importanti poteri di decisione politica, era delimitato e contenuto nel suo ambito discrezionale dai poteri dell’aristocrazia, dai parlamenti o dalle assemblee di stati o ceti (nobili, ecclesiastici, rappresentanti delle città o delle corporazioni mercantili e di mestiere), dal sopravvivere e dal persistere delle autonomie di comunità territoriali, ceti e corporazioni.

Lunga fu la lotta che la monarchia sostenne per riuscire ad emarginare l’aristocrazia: il successo dei sovrani nell’armare eserciti permanenti sempre più potenti in relazione ai conflitti europei, alle guerre di religione, alle conquiste coloniali fu determinante in special

<sup>15</sup> Sugli sviluppi, cfr. CASSANDRO G., voce *Monarchia*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVI, Milano, 1976, p. 725 ss.

<sup>16</sup> CASSANDRO G., voce *Monarchia*, cit., pp. 727-728.

<sup>17</sup> Cfr. ad es., CASSANDRO G., voce *Monarchia*, cit., pp. 734-736.

modo in Spagna ed in Francia, paesi nei quali, non a caso, si consolidò storicamente l'assolutismo.

In Inghilterra la monarchia assoluta ebbe una breve storia durante la dinastia Tudor (1485-1605), ma fallì quando gli Stuart pretesero il riconoscimento giuridico della supremazia monarchica (1605-1688).

In Prussia, Austria e Russia si svilupperà soprattutto più tardi, nel XVIII secolo.

Eccezion fatta per l'Inghilterra - che rappresenta un'esperienza a sé stante ed in cui la borghesia commerciale ed industriale cercò e trovò l'appoggio dell'aristocrazia al fine di costituire un asse imprescindibile per arginare i poteri reali scegliendo il parlamento come centro di riferimento dei propri interessi politici e di elaborazione delle decisioni - nel continente, ed in modo ancor più evidente in Francia, si fece strada una solida convergenza fra la monarchia, desiderosa di sbarazzarsi al più presto di un'aristocrazia gelosa dei propri tradizionali privilegi, e la borghesia commerciale ed industriale, in costante ascesa ma ostacolata nella sua espansione economica dalla vecchia aristocrazia feudale.

Per ottenere la progressiva emarginazione dell'aristocrazia, dunque, diveniva naturale operare una sensibile centralizzazione dell'apparato statale controllato dal sovrano, nonché ad un tempo l'eliminazione delle barriere conseguenti ai particolarismi locali e quindi l'apertura di uno spazio economico nazionale.

Erano la borghesia e la dottrina "*mercantilistica*" a fornire il più incondizionato e solido appoggio alla monarchia: sostenendo l'intento monarchico di costituire uno Stato nazionale, più adatto allo sviluppo degli scambi e delle industrie, veniva confermato il superamento dei particolarismi e dei privilegi, offrendo *de facto* al re poteri che si dilatavano in modo sensibilmente più ampio.

#### 4. *Il passaggio alla monarchia "costituzionale" ed a quella "parlamentare"*

Nella monarchia "*costituzionale*" la sovranità, sdoppiata, viene ad essere ripartita fra il Re, che rimane giuridicamente il capo del potere esecutivo, ed il Parlamento, formato da due camere, l'una ereditaria e l'altra elettiva, poste in condizione di piena parità giuridica nei suoi confronti.

La funzione legislativa è esercitata unitamente dai due organi e così pure, conseguentemente, quella di indirizzo politico, mentre la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati in posizione di indipendenza ma pur sempre “*in nome del Re*”, tuttavia il governo e l’amministrazione rimangono strettamente subordinati alle regie volontà.

Nonostante il potere sovrano sia ripartito fra il parlamento ed il re, quest’ultimo rimane l’organo prevalente, sia giuridicamente che di fatto, del nuovo assetto costituzionale, in quanto responsabile del coordinamento fra le diverse funzioni dello Stato e quindi fra gli organi che ne erano titolari.

Una necessaria fase di passaggio tra il momento “*costituzionale*” e quello “*parlamentare*” è rappresentato dalla c.d. “*monarchia rivoluzionaria*”.

Quest’ultima può definirsi come il prodotto tangibile del rinnovamento rivoluzionario delle istituzioni politiche europee svoltosi fra il secolo XVII e XIX: la “*gloriosa rivoluzione*” in Inghilterra aveva condotto, attraverso un processo passato per il *Bill of Rights* del 1689 e l’*Act of Settlement* del 1701<sup>18</sup>, all’affermazione formale del ruolo parlamentare; la stessa rivoluzione francese e varie rivoluzioni liberali della prima metà dell’Ottocento nel continente condussero a numerose costituzioni scritte - quasi sempre sviluppatesi poi in senso parlamentare, come nel caso dello Statuto Albertino del 1848 - tra le quali vengono ricordate le costituzioni prussiana (1848-1850), imitata poi dalla costituzione giapponese del 1889, e soprattutto il sistema instaurato in Germania, protrattosi sino al 1918, che rappresenta la più evidente dimostrazione di una costituzione di questo tipo “*a prevalenza monarchica*”, con un ruolo recessivo del Parlamento<sup>19</sup>.

Furono le rivoluzioni appena accennate a trasformare l’assetto del potere sovrano e ad affiancare sia giuridicamente che di fatto il Parlamento al Re, insistendo sul concetto che il Re medesimo, in quanto titolare della Corona, era titolare soltanto di uno degli organi statali<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> CROSA E., *Le conquiste del Parlamento contro l’assolutismo monarchico*, in MATTIONI A., FARDELLA F., *Teoria generale dello Stato e della Costituzione*, cit.

<sup>19</sup> LOEWENSTEIN K., *Die Monarchie im modernen Staat*, Frankfurt, 1952.

<sup>20</sup> LOEWENSTEIN K., *Die Monarchie im modernen Staat*, cit., p. 23 ss.

Si faceva sempre più forte la consapevolezza che il Re non si identificasse più con lo Stato (quasi che ne fosse la personificazione) ma ne fosse solo una mera componente e che, conseguentemente, l'istituzione monarchica (di cui il Re aveva la titolarità giuridica) fosse un organo statale disciplinato dalla costituzione globale dello Stato; in questo senso appariva naturale ritenere che la monarchia non potesse più, da sola, qualificare la forma di Stato, in tal modo avviandosi a divenire solo una delle componenti della forma di governo.

Oltre ai descritti limiti giuridici derivanti dalle nuove costituzioni, si aggiunsero, poi, limiti politici, che di fatto operarono una profonda modifica dell'assetto previsto, dando così vita, alla fine, a quella che viene definita come "*monarchia parlamentare*".

La monarchia costituzionale, che comportava un connaturato dualismo avutosi con la ripartizione della sovranità tra il Re ed il Parlamento, vedeva al suo interno un equilibrio difficile che in molti ordinamenti portò ad una prevalenza dell'Assemblea parlamentare soprattutto in campo politico: la camera elettiva estese il suo controllo politico all'attività del governo regio, giungendo sino ad obbligare i ministri di nomina regia a dimettersi qualora non godessero della sua fiducia ed all'introduzione del voto di fiducia preventivo all'entrata in funzione del gabinetto<sup>21</sup>.

Fu in via consuetudinaria, quindi, che si affermò quella che fu definita la *monarchia parlamentare*: storicamente si è soliti fissarne la data al 1772, anno in cui il re inglese Giorgio III di Hannover, dopo la sconfitta subita nella guerra contro le colonie del Nord-America accettò le dimissioni di lord North che riteneva di non aver più la fiducia del Parlamento.

Nel resto del continente europeo la monarchia parlamentare si affermò in Francia durante la costituzione di Luigi Filippo di Borbone di Orleans (1830), in Belgio con la costituzione del 1831, in Piemonte subito dopo l'entrata in vigore dello Statuto Albertino del 1848.

---

<sup>21</sup> Sul concetto di Stato autoritario e le sue declinazioni, cfr. DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1991, p. 871 ss.

Sino alla fine del primo conflitto mondiale la monarchia parlamentare ebbe una diffusione generalizzata<sup>22</sup>, per poi ridursi progressivamente.

Profonde modifiche erano state tuttavia introdotte dal processo di democratizzazione degli ordinamenti, diffusosi parallelamente all'introduzione del suffragio universale e dell'organizzazione dei grandi partiti socialisti tra la fine del secolo scorso e l'inizio di questo.

Le monarchie parlamentari, quindi, sono divenute (*rectius*: si sono evolute in) “*democratico-parlamentari*” ed è indubbio che ogni ruolo di indirizzo ed ogni effettivo potere politico, in situazioni normali, sia stato perso dal Re a favore degli organi investiti direttamente o indirettamente dalla fiducia dell'elettorato.

In tale contesto il Re mantiene un suo ruolo in certe delicate situazioni di crisi (come, ad esempio, avviene in Inghilterra per la scelta del primo ministro, quando non esista una chiara maggioranza espressa dalle elezioni) e, più di ogni altra cosa, personifica l'unità e la continuità dello Stato.

La partecipazione alla tre funzioni fondamentali dello Stato, che giuridicamente è ancora prevista in tale forma monarchica, si è in via consuetudinaria svuotata in favore dei ricordati organi dotati di un concreto potere d'intervento.

Questa è la situazione che oggi si riscontra in Inghilterra, paesi scandinavi, Belgio, Olanda e Lussemburgo, come pure in Giappone con la costituzione del 1946.

Un caso a sé stante è quello regolato dalla costituzione spagnola del 1978, in cui il Re ha avuto riconosciuti alcuni poteri di intervento effettivi, anche se di regola ripartiti col Governo e con il Parlamento: in questo caso è evidente l'influsso che ha avuto sulla definizione dei poteri del sovrano, dopo la parentesi franchista, la costituzione semipresidenziale francese del 1958; in un certo senso si può affermare che i poteri del Re siano stati strutturati prendendo, a tutti gli effetti, a modello quelli di un presidente di repubblica e così generando una formula anomala di “monarchia presidenziale”<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> In quel periodo su ventitre Stati europei soltanto tre erano repubbliche (Svizzera, Francia, Portogallo). Cfr. BISCARETTI DI RUFFIA P., voce *Monarchia*, in *Noviss. Digesto Ital.*, X, Torino, 1957, p. 851.

<sup>23</sup> Per approfondimenti sulla forma di governo spagnola, v. DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, cit., p. 572 ss.

5. *Lo stato autoritario tra le due guerre mondiali e gli attenuati residui rimasti in Europa: refluenze e differenziazioni con l'essenza stessa della monarchia "moderna"*

Nel complesso periodo storico tra la prima e la seconda guerra mondiale, il valore politico fondamentale rintracciabile nello Stato autoritario<sup>24</sup> non è più rappresentato dalla singola persona umana, ma è costituito dalla *collettività nazionale* nel suo inscindibile insieme.

La collettività nell'Italia fascista era stata identificata più semplicemente con lo Stato (secondo una concezione che si ricollegava a quella romana dell'impero, in cui la Nazione è un organismo avente vita, fini e mezzi di azione superiori a quelli degli individui che la compongono), mentre nella Germania nazionalsocialista, secondo una visione biologica dell'aggregato sociale, era stata fatta coincidere con la comunità di sangue e di razza di tutti i tedeschi (il c.d. "*Volksgeist*").

Accanto alla collettività si poneva una scettica sfiducia nelle facoltà di autogoverno delle masse che alimentava una fiducia illimitata nell'affermazione di un Capo, di un membro della collettività che più di tutti gli altri riusciva a comprenderne i bisogni e a guidarla verso una gloriosa affermazione.

La convinzione dell'inferiorità delle masse di fronte ad un Capo eccezionalmente dotato ed esponente di una illuminata *élite*, portava ad un assoluto ed ampio divario fra governanti (straordinariamente superiori) e governati (qualitativamente inferiori) e realizzava forme di governo di tipo "*autocratico*", nelle quali le decisioni politiche venivano

---

<sup>24</sup> In merito si ricordano, fra sostenitori e critici, i seguenti lavori: ZANGARA V., *Il partito e lo Stato*, Catania, 1935; RANELLETTI O., *Gli Stati europei a partito unico*, Milano, 1936; MANOILESCU M., *Le parti unique*, Paris, 1937; ESPOSITO C., *Lo Stato fascista*, in *Jus*, 1940, p. 102; BISCARETTI DI RUFFIA P., *Il "partito unico" negli ordinamenti costituzionali della nuova Europa*, in *Jus*, 1942, p. 91; BISCARETTI DI RUFFIA P., *Lo Stato democratico e la sua antitesi contemporanea: lo Stato autoritario*, in *Annali Seminario Giuridico Univ. Catania*, 1947; LEVY-BRUHL L., *Parti unique*, in *Rev. Intern. Histoire polit. et constitutionnelle*, 1952, p. 45; AQUARONE A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965; CIRIA A., *El "nuevo" partido unico*, in *Revista del Inst. de Ciencias Sociales*, Barcelona, 1966, p. 77; DEMICHEL A. e F., *Les dictatures européennes*, Paris, 1973.

prese esclusivamente e discrezionalmente dal partito unico pervenuto al potere.

Attraverso una capillare opera di persuasione ed un'assillante attività di propaganda, elevata a pubblica funzione e, come tale, diretta appositamente da un esclusivo Ministero, il partito unico riusciva ad ottenere che le masse potessero procedere dietro al Capo come un fedele e volenteroso seguito: le esigenze dell'epoca moderna, infatti, non consentivano più, come nel passato, una sottoposizione meramente passiva del popolo alla volontà del Capo, ma esigevano una fiduciosa e convinta adesione alle decisioni prese nelle alte sfere.

In contrapposizione alla pluralità degli organi costituzionali ed al principio della divisione dei poteri fra gli organi stessi, si adottava, all'opposto, il principio della concentrazione di tutte le essenziali funzioni pubbliche nel Capo, che si affermò presentandosi, nelle forme di Stato in esame, come il Capo dello Stato, del Governo e del partito unico (Hitler dopo la morte del Feldmaresciallo Paul von Hindenburg nel 1934; Mussolini nella Repubblica Sociale Italiana dopo l'armistizio del 1943; Franco nella Spagna degli anni seguenti alla guerra civile).

Il *Leader* era, così, posto in grado di esplicare sia la funzione esecutiva, attraverso una scala gerarchica di funzionari, sia quella legislativa, mediante norme da lui promulgate e col mero assenso delle Camere, sia quella giudiziaria, in casi estremi da lui controllata personalmente, in altri casi lasciata saldamente nelle mani del partito unico.

Onde meglio agevolare l'azione di governo del Capo e favorirne l'azione in ogni campo con la massima libertà, si giunse all'abolizione della rigidità della Costituzione ed al conseguente e ripudio di ogni controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi ed all'abolizione di ogni forma di consultazione elettorale, sostituita, al più, con delle proposte rivolte agli organi superiori, da parte sia dell'unico partito autorizzato, sia delle associazioni e dei sindacati collegati al medesimo (secondo i dettami della teoria del corporativismo).

Si venne altresì ad attuare una rilevante limitazione dei diritti pubblici soggettivi dei cittadini, vietando, in un crescendo sempre più rigido, qualunque opposizione politica, al fine di non indebolire

l'efficienza del Governo, unico fedele interprete delle necessità nazionali<sup>25</sup>.

Nello stesso insieme, si instaurò uno stretto accentramento sia burocratico che autarchico: nell'Italia fascista, ad esempio, questo si realizzò attraverso il potenziamento della posizione del Prefetto, reso a livello locale simile al Capo del Governo per i suoi compiti di unitaria direzione nei confronti di tutti gli altri uffici pubblici periferici, unitamente al porre al vertice delle amministrazioni locali il Podestà nel Comune ed il Preside nella Provincia.

Il raggiungimento dell'interesse collettivo, interpretato autoritariamente dal più capace, divenne il principio giuridico fondante di tutta l'organizzazione statale, lasciando in secondo piano i principi politici della libertà e dell'uguaglianza ed indirizzando dall'alto tutte le attività sociali, anche se di natura meramente intellettuale (come chiaramente sintetizzava Mussolini nell'aforisma pronunciato nel discorso milanese alla Scala del 28 ottobre 1925: *"tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato, nulla contro lo Stato"*), così da far parlare, in merito di *"Stato totalitario"*.

Quanto sin qui esposto può portare ad accogliere la definizione, formulata da Mirkine-Guetzévitch<sup>26</sup>, del diritto costituzionale dello

---

<sup>25</sup> In proposito non può non essere richiamato alla mente il notissimo detto fascista *"il Duce non sbaglia mai"*.

<sup>26</sup> Fine intellettuale e giurista di elevata caratura, Boris Mirkine-Guetzévitch nacque a Kiev il 1° gennaio 1892 da una famiglia di ebrei russi. La sua vita e la sua attività scientifica vanno di pari passo con gli avvenimenti storici succedutisi a cavallo dei due conflitti mondiali. Ottenuto il dottorato in diritto internazionale, Mirkine diveniva, sotto il governo Kerenskij, Professore aggregato nella facoltà di legge dell'Università di Pietrogrado, ma già nel 1919 il suo impegno politico anti-bolscevico gli valse l'accusa di essere dalla parte dei menscevichi, costringendolo a rifugiarsi in Ucraina, specificamente nella città di Odessa.

Poco prima della sua condanna a morte, deliberata dal Governo bolscevico nel 1920, Mirkine si trasferisce poi in Francia grazie all'aiuto dell'ambasciatore Noulens e del ministro francese Albert Thomas. Nei successivi anni trascorsi in Francia, il suo impegno politico lo porta a svolgere un'importante opera di mediazione culturale tra la sua terra di origine e la nuova terra di accoglienza.

Epperò, nel 1940 per gli accadimenti del secondo conflitto mondiale e date le sue origini ebraiche, è costretto nuovamente a fuggire, trasferendosi negli Stati Uniti d'America. Tornerà in Francia solo al termine del conflitto mondiale e morirà a Parigi nel 1955.

Stato autoritario come una vera e propria “*tecnica dell'autorità*” ed a comprendere come si fosse pervenuti, negli Stati medesimi, ad un completo sovvertimento degli schemi tradizionali della dogmatica giuspubblicistica, come attestato nelle opere del tempo.

Può dirsi che le illustrate forme dello Stato autoritario si differenziarono sostanzialmente sia dalle monarchie assolute dell’*Ancien Régime*, sia dalle successive instaurazioni di *Cesarismo dei Napoleonidi*<sup>27</sup>.

Le monarchie assolute dell’*Ancien Régime*, infatti, si basavano su un principio legitimistico di diritto divino del tutto sconosciuto ai governi autoritari del secolo scorso (trovando, per questo, il loro titolo giuridico in una successione ereditaria assolutamente immodificabile, in quanto fissata dalla volontà stessa di Dio) e non presentavano mai, del resto, una concentrazione effettiva di poteri nelle mani di un solo individuo come quella appena tratteggiata (per l’esistenza di numerose norme consuetudinarie difficilmente

---

L’attività scientifica di Mirkine si concentra preminentemente sullo studio del diritto costituzionale internazionale, russo, statunitense ed europeo. Tra le tante opere v. MIRKINE-GUETZÉVITCH B., *Droit constitutionnel international*, Parigi, 1933, sul quale v. l’interessante recensione in *Rassegna di scienza politica americana*, 1936, vol. 30, num. 1, pp. 173-174.

<sup>27</sup> Fattispecie del tutto diversa è, invece, rappresentata dalla *dittatura*. Questa – ove intesa in termini giuridici e non meramente politici (quando, allora, si allude semplicemente alle disparate ipotesi in cui un organo dello Stato eserciti, in linea di fatto, un’influenza prevalente sull’attività di governo) – appare contraddistinta da due caratteristiche essenziali: un concentramento di funzioni in un unico organo (individuale o collegiale) e la eccezionalità e temporaneità del concentramento stesso, allo scopo di raggiungere un fine determinato. Finalità, questa, che potrà consistere, secondo i casi, o nella difesa delle istituzioni vigenti minacciate da un pericolo grave ed imminente (c.d. *dittatura istituzionale*) oppure nella rapida creazione di istituzioni nuove (c.d. *dittatura costituente*).

La dittatura, infine, potrà sorgere attraverso un procedimento giuridicamente predisposto (come per l’antico istituto romano di tal nome), oppure in linea di mero fatto, quasi per spontanea reazione delle istituzioni poste in pericolo. Ma, in ogni evenienza, è chiaro che la *dittatura* medesima può verificarsi nell’ambito di ogni “*forma di Stato*” e non si pone al loro fianco, come una nuova e diversa “*forma*” a sé stante. Per la letteratura, v. *ex multis*, BISCARETTI DI RUFFIÀ P., *Alcune osservazioni sul concetto politico e sul concetto giuridico della dittatura*, in *Arch. dir. pubblico*, 1936, p. 483; ID., voce *Dittatura*, in *Noviss. Digesto Ital.*, VI, Torino, 1959, p. 17 ss; DUVERGER M., *De la dictature*, Paris, 1961; SARTORI G., voce *Dittatura*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 356 ss.

modificabili, per le diffuse e rilevanti autonomie locali e per i molteplici corpi intermediari fra il popolo ed il Re: classi, corporazioni, collegi).

Il *Cesarismo*, invece, che si era manifestato dopo la Rivoluzione francese del 1789, non poteva più ignorarne l'esperienza e continuava a ricollegarsi ai principi democratici, poiché le più essenziali decisioni del Capo venivano presentate all'approvazione del corpo elettorale (anche se, in pratica, quei plebisciti risultavano coartati attraverso le loro modalità di esecuzione).

Negli Stati autoritari, al contrario, sussisteva un fermo e totale disprezzo per le decisioni assumibili dalle masse.

Nei confronti, poi, di ambedue le forme storiche accennate, gli Stati autoritari si differenziavano, altresì, per il particolare programma politico che li caratterizzava e che informava di sé l'intera vita pubblica e sociale del Paese: programma tracciato e portato a svolgimento dal Capo, ma imposto, poi, ideologicamente alle masse con una costante ed instancabile opera di propaganda, affinché tutti partecipassero con adesione ed entusiasmo indispensabili alla sua realizzazione.

Infine, se è vero che le due fattispecie storiche più rilevanti e significative della forma autoritaria – l'Italia fascista e la Germania nazionalsocialista – sono scomparse con il concludersi dell'ultimo conflitto mondiale, trascinando nel loro crollo, assieme alle istituzioni costituzionali, anche le dottrine che ne rappresentavano segnatamente il presupposto, la conoscenza profonda di quelle istituzioni e quelle dottrine appare comunque utile per meglio comprendere i residui attenuati di Stati autoritari che hanno persistito nel mondo contemporaneo (si pensi al Portogallo ed alla Spagna sino agli anni settanta del secolo scorso), sia per rendersi conto, con maggiore cognizione di causa, di molteplici innovazioni introdotte negli ordinamenti costituzionali di vari Paesi in forza di quelle segnanti esperienze.

6. *Un breve excursus necessario sulle Costituzioni moderne: modalità di instaurazione e raccordo con i preesistenti ordinamenti*

In merito alla formazione delle Costituzioni in rapporto al precedente ordinamento costituzionale<sup>28</sup>, si è soliti contrapporre dei procedimenti giuridici ad altri di fatto, a seconda che essi siano in qualche modo predisposti dal diritto positivo vigente fino a quel dato momento, oppure che essi si siano svolti in contrasto, al di fuori, del diritto medesimo, risultando, di conseguenza, antiggiuridici rispetto allo stesso (salvo poi divenire giuridicizzati *a posteriori* dal nuovo ordinamento costituzionale, non appena saldamente instauratosi).

È evidente che, mentre i procedimenti *monarchici*, più risalenti, si presentavano, di regola, come giuridici in quanto il Re, fino a quel momento unico ed assoluto titolare della funzione legislativa poteva formulava il nuovo testo costituzionale, anche introducendo delle sostanziali limitazioni all'esercizio della sua competenza in tale ambito, i procedimenti *popolari*, più recenti, hanno spesso assunto il carattere di instaurazione di fatto di ordinamenti nuovi, in netto antagonismo con il precedente diritto positivo.

Peraltro, va evidenziato come ciò non si sia sempre verificato, potendosi, anzi, riscontrare una più recente tendenza ad attuare anche l'emanazione di nuovi testi costituzionali profondamente innovatori per via propriamente giuridica<sup>29</sup>.

Possono, così, essere ripercorsi gli eventi verificatisi in Francia ed in Italia nell'immediato ultimo dopoguerra, quando, al fine di adottare degli ordinamenti costituzionali innovatori rispetto ai precedenti, si

<sup>28</sup> Sul tema, in generale, v. MORTATI C., *La Costituente (la teoria, la storia, il problema italiano)*, Roma, 1945, e *Appunti sulla fonte del potere costituente*, in *Rass. dir. pubblico*, 1946, I, p. 26; DE VALLES A., *De l'incapacité des Constituantes à élaborer des Constitutions viables*, in *Politique*, 1959, p. 327 e, in trad. it., in *Il politico*, 1961, p. 524; HENKE W., *Der Staat*, 1968, partic. p. 165; VANOSSI J.R., *Teoria constitucional: I, Teoria constituyente*, Buenos Aires, 1975.

<sup>29</sup> Fenomeno, quello appena descritto, viepiù confortante. Infatti: "È evidente come il rispetto delle forme prescritte dal diritto, anche in esperienze delicate per la vita costituzionale degli Stati, costituisca prova del conseguimento di un livello di un'alta evoluzione sociale" (BISCARETTI DI RUFFIA P., *Le "Forme di Stato" e le "Forme di Governo" – Le Costituzioni moderne*, in *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1988).

tentò di innestare, senza però porre in essere vere e proprie fratture giuridiche, gli ordinamenti stessi sulle preesistenti strutture<sup>30</sup>.

In questo senso, in Italia, oltre ad aver predeterminato le modalità di elezione dell'Assemblea Costituente ed i poteri da cui essa sarebbe stata caratterizzata, si erano pure stabilite con precisione le fasi dell'eventuale trapasso di competenze qualora il referendum del 2 giugno 1946 avesse sostituito - come poi avvenne - alla preesistente forma di governo monarchica una repubblicana.

Come ulteriore ed assai significativo esempio può menzionarsi l'incruento trapasso della Spagna, nel triennio 1975-1978, dal Governo autoritario del generale Franco alla monarchia parlamentare di Juan Carlos di Borbone mediante leggi (ordinarie e costituzionali) votate, inizialmente, da quelle stesse Cortes (cioè le assemblee parlamentari spagnole), di tipo corporativo-fascista, istituite dal regime franchista molti anni prima.

7. *L'Italia monarchica dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana: una sintesi delle vicende più rilevanti*

Carlo Alberto di Savoia-Carignano, Re di Sardegna, il 4 marzo 1848 concesse quello Statuto, che, divenendo nel 1861 Costituzione del Regno d'Italia, rimarrà in vigore sino all'avvento della Repubblica e della Costituzione nel 1948<sup>31</sup>.

Ispiratosi al modello francese del 1830 ed a quello belga del 1831, lo Statuto rappresenta un esempio di Costituzione "ottriata" (vale a dire concessa dal Sovrano ai suoi sudditi), *flessibile*<sup>32</sup> (non prevedendo

<sup>30</sup> Basti esaminare, per l'Italia, le disposizioni del decreto legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151, e dei successivi decreti legislativi luogotenenziali 16 marzo 1946, n. 98, e 23 aprile 1946, n. 219.

<sup>31</sup> In merito allo spinoso tema della presunta continuità della Costituzione italiana dal 1861 al 1922, nonché alle divergenze venutesi a creare, in dottrina, tra posizioni aperte ad ammettere ogni gamma di mutamenti sostanziali ed altre che sono attestate sull'attitudine conservatrice degli organi costituzionali rispetto al sistema statuario, si rimanda a quanto approfondito da LABRIOLA S., *Storia della Costituzione Italiana*, Napoli, 1995.

<sup>32</sup> Si parla anche di elasticità della Costituzione albertina (ROSSI L., *La "elasticità" dello statuto italiano*, in *Studi per Romano*, Padova, I, 1940, p. 25 ss.): qualificazione che tuttavia, alla fine, equivale a quella della flessibilità (PERTICONE G., *Il regime parlamentare nella storia dello statuto albertino*, Roma, 1960, p. 1; PIERANDREI F., *La*

alcun meccanismo giuridico di reazione rispetto ai possibili abusi del legislatore ordinario e dunque attribuendo ad esso piena libertà di decisione) e che, con la sua caratterizzazione, ben delinea la forma di governo di quel momento: una monarchia costituzionale pura, dualista, in quanto incentrata sui due poli del Re e del Parlamento, in cui è tuttavia il monarca ad essere in posizione preminente, potendo egli disporre del potere esecutivo, condividendo con il Parlamento il potere legislativo, potendo nominare e revocare i ministri, nominando i membri del Senato, potendo sciogliere la Camera elettiva, esercitando il potere estero ed infine avendo il comando supremo delle forze armate.

Al Parlamento, articolato in una Camera elettiva e in un Senato di nomina regia, non competevano che il potere legislativo, seppur condiviso con il Re, e l'approvazione dei bilanci e dei conti dello Stato.

Rilevante fu l'introduzione, nello Statuto, di un intero, seppur non corposo, titolo rubricato *"Diritti e doveri del cittadino"*, nell'ambito del quale nove articoli (dall'art. 24 all'art. 32) sommariamente tratteggiavano i diritti di libertà dei sudditi<sup>33</sup>.

Furono le progressive ma profonde trasformazioni sociali e politiche a rendere inadeguata la forma di governo designata dallo Statuto: i Governi, difatti, ricercarono sempre più naturalmente un voto parlamentare di adesione agli obiettivi ed alle finalità che essi si prefiggevano di perseguire; quel voto rafforzava fortemente la posizione del Governo sia rispetto al Parlamento che nei confronti del Re, con la conseguenza che la continua erosione dei regi poteri,

---

*Corte Costituzionale e le "modificazioni tacite" della costituzione*, 1951, ora in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, I, 1965, pp. 81 ss., 86 ss., 112 ss.

<sup>33</sup> Come evidenziato da LABRIOLA S. (in *Storia della Costituzione Italiana*, cit.), la struttura formale degli artt. 24-32 prevedeva nella prima parte l'affermazione del diritto, mentre nella seconda si effettuava un rinvio al legislatore perché ne determinasse i limiti di esercizio: tale tecnica rispondeva perfettamente ad un'impostazione di fondo che puntava a valorizzare al massimo il ruolo della legge (e quindi del Parlamento).

Questo aspetto costituisce un elemento di forte discontinuità rispetto al passato, poiché sottrae all'arbitrio dei poteri pubblici la disciplina dei rapporti tra Stato e cittadini incanalandola lungo due binari precisi: da un lato, affidando alla Costituzione la fissazione di un elenco dei diritti di libertà tutelate; dall'altro, demandando alla legge la determinazione del contenuto degli stessi.

unita alla sempre maggiore estensione dei poteri del Governo, realizzava una forma di governo non più incentrata sull'equilibrio dei rapporti tra il Re ed il Parlamento, bensì sul binomio Governo-Parlamento che metteva così in secondo piano il ruolo del Sovrano.

Non giovava la preoccupante crisi di fine secolo, caratterizzata da forti tensioni sociali esistenti all'epoca nel paese, rispetto alle quali le istituzioni parlamentari, per via della loro scarsa rappresentatività, evidenziavano una cronica inadeguatezza.

Di pari passo con gli accennati mutamenti operanti nell'ambito della forma di governo, sul piano politico si assiste ad una crescente affermazione del ruolo del Presidente del Consiglio dei ministri, oltre che dello stesso Governo, tale da richiedere una espressa e particolare disciplina dei poteri del primo e del secondo<sup>34</sup>; diversi tentativi, in questo senso, si susseguiranno fino a giungere al Regio Decreto n. 466 del 14 novembre 1901, durante il Governo Zanardelli, che sancì la preminenza del Presidente del Consiglio rispetto agli altri ministri (*"Rappresenta il Gabinetto, mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo di tutti i Ministeri e cura l'adempimento degli impegni presi dal Governo nel discorso della Corona nelle sue relazioni col Parlamento"*) e la tendenza alla valorizzazione della collegialità nell'esercizio delle funzioni del Governo (tra le quali venivano espressamente indicate quelle che rientravano tra le prerogative del Re, come l'esercizio del potere estero o la nomina dei senatori e delle alte cariche dello Stato).

Infine, il sempre più ricorrente impiego, in casi di urgenza, dei decreti legge e dei decreti legislativi da parte del Governo, indicava una importante crescita del suo ruolo e delle sue prerogative anche in ambito normativo.

---

<sup>34</sup> Nello schema costituzionale statuario, pieno di reticenze ed improntato ad una sorprendente laconicità, si faceva menzione dei Ministri, ma non dell'organo collegiale che quelli avrebbe dovuto comprendere, né tanto meno del Presidente del Consiglio, che pure non doveva risultare figura sostanzialmente nuova, ove si rifletta alla realtà del precedente regime legittimistico, in cui emerge la personalità di un Solaro della Margherita. Si intuisce, pertanto, per quanto sfumata, l'orditura collegiale, ma la si viene a presupporre come acefala. Osserva MARONGIU A. (in *Storia del diritto pubblico. Principi e istituti di governo in Italia dalla metà del XI alla metà del XIX secolo*, Milano, 1956): *"Si vedevano i membri del Governo e non si vedeva il Governo, le parti e non il tutto. Né si vedeva il suo capo, presidente del Consiglio o primo Ministro che dir si volesse. Eppure la storia costituzionale italiana è stata spesso – quasi sempre – dominata dalla personalità dei presidenti del Consiglio"*.

La legge elettorale n. 680 del 17 marzo 1848, caratterizzata per i forti connotati censitari<sup>35</sup>, negli anni successivi alla sua promulgazione permise l'esercizio di voto soltanto ad una assai ristretta parte della popolazione, non superando gli aventi diritto la soglia del due per cento: bisognerà attendere il 1877 perché siano rintracciabili importanti modifiche nella legislazione elettorale, consistenti nell'estensione del diritto di voto ai cittadini di sesso maschile che avessero raggiunto la maggiore età e che avessero adempiuto all'obbligo scolastico (quello, cioè, concernente le prime tre classi elementari).

Con le successive leggi elettorali (leggi n. 666 del 30 giugno 1912 e n. 1401 del 15 agosto 1919) furono introdotti il suffragio universale maschile e, per la prima volta, un sistema di tipo proporzionale che supera i precedenti sistemi maggioritari, mentre solo nel 1945 si giunse alla piena affermazione del principio del suffragio universale con il riconoscimento del diritto di voto anche alle donne.

Il periodo cavouriano (dal 4 novembre 1852 al 6 giugno 1861) vede l'amministrazione statale conformarsi ad un modello accentrato di derivazione francese che, centralmente, si impernia sui Ministeri e, localmente, fa riferimento ai Governatori delle Province (rappresentanti del Governo e vertici delle amministrazioni provinciali) ed ai Sindaci: questa scelta in favore dell'accentramento politico-amministrativo sarà confermata negli anni immediatamente successivi all'Unità d'Italia<sup>36</sup>.

Già gli Stati pre-unitari recepirono ed acquisirono il modello di amministrazione centrale e locale affermatosi nello Stato piemontese, con le *leggi di unificazione amministrativa del Regno* del 1865<sup>37</sup>, in seguito

---

<sup>35</sup> Ed invero, il diritto di voto era riservato ai soli cittadini di sesso maschile e di età superiore ai 25 anni che possedessero il requisito dell'alfabetismo e pagassero un'imposta diretta complessiva di almeno 40 lire in Piemonte, che scendeva a 20 lire in Liguria e Savoia; mentre per gli elettori residenti in Sardegna e per alcune categorie - quali artigiani, industriali, commercianti - il requisito del censo era sostituito da forme di accertamento induttivo della ricchezza, basate sul valore locativo dei beni immobili da essi posseduti.

<sup>36</sup> Sul punto cfr. ASTUTO G., *L'amministrazione italiana. Dal centralismo napoleonico al federalismo amministrativo*, Roma, 2009, part. p. 57 ss.

<sup>37</sup> Il tema dell'unificazione amministrativa aveva impegnato la classe politica liberale fin dai mesi precedenti all'unificazione politica, per la presenza, nei territori annessi, di leggi e di istituzioni diverse, superate o inefficaci, espressione degli

alle quali furono definitivamente messe da parte le proposte di creare, accanto a Comuni e Province, le Regioni, quali più grandi enti locali dotati di limitata autonomia amministrativa<sup>38</sup>.

È in questo quadro che si assiste ad un profondo riordinamento degli organi ausiliari del Governo e di quelli giurisdizionali: nasce il sistema di giustizia nell'amministrazione, che consente al privato di rivolgersi al giudice ordinario e non più ad organi amministrativi interni, quando intenda chiamare l'amministrazione a rispondere delle illegittimità poste in essere nell'esercizio delle sue funzioni.

Nel 1889 viene istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato<sup>39</sup>, avente il compito di dirimere quelle controversie non già aventi ad oggetto la supposta violazione da parte dell'amministrazione di diritti

---

antichi regimi: *“Con la Convenzione di Firenze del 1864 e il trasferimento della capitale da Torino a Firenze si rese ancora più urgente una semplificazione e un ammodernamento dell'amministrazione, rimuovendo gli ostacoli che rendevano complessa, incerta e non uniforme l'applicazione delle leggi. Il 20 marzo 1865 fu varata la legge n.2248 per l'unificazione amministrativa, che comprendeva sei provvedimenti riguardanti l'amministrazione comunale e provinciale, la sicurezza pubblica, la sanità pubblica, l'istituzione del Consiglio di Stato, il contenzioso amministrativo e le opere pubbliche, un complesso di norme destinate a incidere profondamente sulla vita civile e sull'organizzazione degli organi del governo locale. L'unificazione amministrativa si tradusse in realtà nell'estensione al resto dell'Italia degli ordinamenti piemontesi, caratterizzati da un impianto fortemente centralistico e gerarchico, che consentivano al governo di esercitare, attraverso i prefetti, un ferreo controllo sull'amministrazione locale. Il Regno fu suddiviso gerarchicamente in vari livelli amministrativi (province, circondari, mandamenti e comuni); il comune era retto da un Consiglio comunale elettivo, una Giunta municipale, un segretario comunale e un ufficio comunale. La figura del sindaco era ibrida: definito dalla legge “capo dell'amministrazione comunale e ufficiale del Governo”, era sia il rappresentante della comunità locale che del Governo centrale. Non veniva eletto dai concittadini, ma nominato per decreto regio fra i consiglieri comunali, scelto - su proposta del prefetto - dal Ministero dell'Interno. La forma centralizzata del nuovo Stato - che si esprimeva anche nell'organizzazione dei ministeri, della scuola, della giustizia e delle forze armate, nell'accentuazione della burocrazia rispetto agli organismi elettivi e rappresentativi, nel ruolo privilegiato del Piemonte nella guida del Paese - provocò malcontento e contrasti tra i liberali e tra tutti coloro che aspiravano all'autonomia locale e regionale.”* (LABRIOLA S., *Storia della Costituzione italiana*, cit.).

<sup>38</sup> Sul tema sia consentito richiamare CROCCO D., *Momenti fondamentali della disputa autonomista e decentratrice nel pensiero politico italiano*, in CROCCO D., *Dal regionalismo dell'unitarietà al regionalismo differenziato. Percorsi di diritto e politica regionale*, Napoli, 2019, p. 15 ss.

<sup>39</sup> A questa legge, la n. 5992 del 31 marzo 1889, ed alla legge n. 6837 del 10 maggio 1890 che istituì le giunte provinciali amministrative, generalmente si fa risalire la nascita del sistema della doppia giurisdizione (ordinaria e amministrativa), tuttora vigente in Italia.

soggettivi (competenza del giudice ordinario), bensì la violazione di altre posizioni soggettive (gli interessi legittimi): si trattava di un giudice speciale, ma indipendente, i cui poteri si estendevano sino all'annullamento dei provvedimenti amministrativi considerati illegittimamente lesivi degli interessi del singolo.

Nello stesso periodo si assiste anche ad un primo allargamento dell'autonomia degli enti territoriali, i Sindaci così come i Presidenti delle amministrazioni provinciali non sono più organi di nomina governativa ma divengono organi elettivi.

In questa fase la legislazione di pubblica sicurezza e quella penale si connotano come particolarmente aspre e severe tanto nella prevenzione quanto nella repressione dei reati e delle condotte antisociali o pericolose per il sistema politico dominante, correlativamente vasti poteri discrezionali vengono attribuiti agli organi di polizia e non agli organi giurisdizionali.

Ciò nondimeno, il consolidarsi di una tendenza funzionale ad una interpretazione riduttiva delle garanzie costituzionali in tema di diritti di libertà cominciava ad incontrare opportune resistenze: in questo modo iniziarono a registrarsi le prime modifiche in senso liberale sul piano della legislazione penale.

Quanto alla tutela della libertà religiosa, invece, lo Statuto procede alla configurazione di uno Stato confessionale, riferendosi alla religione cattolica come alla sola "*religione dello Stato*" ed alle altre come semplici culti "*tollerati*", pur non valendo, ciò, a frenare il naturale sviluppo di una legislazione che puntasse a ridurre le differenze giuridiche nella tutela delle diverse confessioni religiose.

La classe liberale e la Chiesa Cattolica, sempre più in posizione di conflitto l'una rispetto all'altra, giunsero al vertice della tensione all'indomani della conquista dello Stato pontificio e della presa di Roma nel 1870: il nuovo Stato unitario cercò di risolvere il conflitto con l'approvazione della c.d. *legge delle guarentigie* del 1871<sup>40</sup> (con l'intendimento di garantire il libero esercizio delle funzioni del

---

<sup>40</sup> Legge n. 214 del 13 maggio 1871, rubricata "*Legge sulle prerogative del Sommo Pontefice e della Santa Sede, e sulle relazioni dello Stato con la Chiesa*".

Pontefice e della Santa Sede), ma il rifiuto del Papa Pio IX<sup>41</sup> di accettarne i contenuti rese il tentativo del tutto vano.

Alle soglie del primo conflitto mondiale, la vita politica dell'Italia è caratterizzata dall'indebolimento del sistema parlamentare: su un versante la monarchia tende a riottenere un ruolo attivo<sup>42</sup>, su un altro al Governo, con l'approssimarsi dell'evento bellico, vengono conferiti larghi e pieni poteri che si accompagnano ad una sempre maggiore decretazione d'urgenza, con l'effetto di una progressiva emarginazione del ruolo del Parlamento.

Al termine del conflitto, il sistema istituzionale italiano risulta fortemente logorato e per la gran parte incapace di affrontare i grandi problemi del paese, relativi in particolare alla necessaria riconversione dell'apparato produttivo, alla amministrazione pubblica ed alle forti tensioni sociali alimentate dalla rivoluzione sovietica: la situazione politica, economica e sociale del paese diviene preoccupante e le occupazioni delle fabbriche, i grandi scioperi anche nei servizi

---

<sup>41</sup> Due soli giorni dopo la pubblicazione della legge, il 15 maggio 1871, il Papa Pio IX emanò l'Enciclica "Ubi nos", con la quale dichiarò esplicitamente di non accettare la disciplina italiana. Sul punto è stato osservato che: *"Il provvedimento era infatti una concessione unilaterale, intollerabile da parte della Santa Sede. Oltretutto le preoccupazioni erano accentuate dalla mancanza di garanzie di stabilità: si trattava infatti di una semplice legge dello Stato, modificabile o anche abrogabile in qualsiasi momento da una qualunque altra legge. Neppure la dichiarazione da parte del legislatore italiano che quella fosse una "legge fondamentale dello Stato" si rivelò adatta alle circostanze: la formula in effetti non era altro che una clausola vuota di reale significato giuridico, e la norma restava in balia della sola volontà del legislatore italiano che avrebbe potuto - in qualsiasi momento e senza consultare la Chiesa - trasformarne unilateralmente il contenuto"* (così, LABRIOLA S., *Storia della Costituzione italiana*, cit.).

<sup>42</sup> Ciò si sostanziò su più fronti: secondo la tradizione sabauda e nel rispetto delle prerogative statutarie, il Re Vittorio Emanuele III esercitò una rilevante azione nel campo della politica estera e militare, alla quale si accompagnò l'adoperarsi, avendo riguardo alla politica interna, per la realizzazione della pace sociale, attraverso una legislazione volta a superare *"l'ardente contrasto fra capitale e lavoro"*.

La pace sociale e la necessità di operare con equità tra le classi sociali sono, infatti, temi ricorrenti dei discorsi della Corona, normalmente redatti di proprio pugno dal re. Nella visione politica del sovrano, punto fondamentale per il raggiungimento della desiderata pace sociale era *"conseguire una più elevata condizione intellettuale, morale ed economica delle classi popolari"*, in particolare assicurando un completo livello di istruzione a tutti i cittadini. Sul punto, cfr.: *Enciclopedia Italiana Treccani*, tomo XXXV, 1939, voce *Vittorio Emanuele III*; Discorso della Corona del 30 novembre 1904 e del 27 novembre 1913.

pubblici, le dure lotte nel settore agricolo e l'emergere dello squadristismo sono solo alcuni dei fattori che condizionano il clima in cui si afferma il regime fascista

L'avvento fascista, che storicamente comincia con la marcia su Roma ed il successivo incarico, affidato dal Re Vittorio Emanuele III di Savoia<sup>43</sup> il 22 ottobre 1922 a Mussolini, allo scopo di formare un nuovo Governo che sostituisse quello preesistente presieduto da Luigi Facta, mostra sin da subito la volontà di prescindere dalla collaborazione con qualunque altro movimento politico: in questa ottica viene adottata la *legge Acerbo* (legge n. 2444 del 18 novembre 1923) che determina un sistema fortemente maggioritario e condiziona pesantemente la rappresentanza parlamentare.

Il discorso di Mussolini alla Camera del 1925, con il quale si assume espressamente e provocatoriamente la responsabilità delle gravi intimidazioni che condizionarono la contesa elettorale in una preoccupante escalation che condusse il deputato socialista Giacomo Matteotti a pagare con la vita la sua protesta, segnò la rottura con gli istituti liberali e l'edificazione di uno stato totalitario.

Nasce così uno Stato in cui il solo soggetto che è legittimato ad esprimersi politicamente è il Partito Nazionale Fascista (PNF), affiancata da una rete assai fitta di organi ad esso collegati, mentre di pari passo si assiste all'eliminazione del dissenso politico, l'epurazione

---

<sup>43</sup> Sul punto così si è espresso MOLA A. (in *Mussolini a pieni voti? Da Facta al Duce. Inediti sulla crisi del 1922*, Torino, 2012): *“Quando Vittorio Emanuele III incaricò Benito Mussolini di formare il governo, il Re non imboccò una via extraparlamentare o antiparlamentare. Per superare lo stallo politico, i suoi predecessori erano ricorsi più volte a militari. Lo avevano fatto Carlo Alberto con il generale Chiodo; Vittorio Emanuele II, che aveva nominato Alfonso La Marmora al posto di Cavour nel 1859 e di Minghetti nel 1864 e Luigi Federico Menabrea dopo Rattazzi nel 1867. Umberto I aveva incaricato Luigi Pelloux dopo il fallimento V governo Rudini nel giugno 1898. Però quei militari erano anche tutti deputati da lunga data e vennero scelti per riconciliazione e monito. Nell'ottobre del 1922 il Re conferì l'incarico a Mussolini perché, dopo le prime consultazioni e pur con qualche riserva, così gli venne raccomandato da tutte le personalità consultate. Compreso Giolitti, il quale avallò in pubblico l'operato di Vittorio Emanuele III e negò che il nuovo governo fosse frutto di un colpo di Stato (o di testa) del sovrano sotto l'incubo delle squadre fasciste. Il fascismo e l'avvento di Mussolini non furono la causa ma il frutto della crisi. Il governo Mussolini non nacque dalla violenza né fu anticostituzionale. A meno di considerarne complici quanti poi gli votarono la fiducia: il Partito Popolare di Alcide De Gasperi e tutti i più prestigiosi esponenti dell'arco liberal-democratico-conservatore.”*

del personale antifascista dalla pubblica amministrazione ed alla perdita della cittadinanza per gli oppositori migrati all'estero.

Istituzionalmente viene meno l'istituto della fiducia parlamentare al Governo, il potere di nomina e di revoca dei Ministri appartiene (almeno dal punto di vista formale) ancora al Re ma è (nella sostanza) subordinato alla proposta del Capo del Governo, nel 1939 viene istituita la *Camera dei Fasci e delle Corporazioni*, con la quale viene a cessare ogni parvenza di rappresentatività del corpo elettorale del Parlamento; al contempo il potere normativo del Governo viene ad accrescersi attraverso la disciplina espressa dei decreti legislativi e dei decreti legge, mentre la creazione dell'organo del Gran Consiglio del Fascismo presiede alla formazione della lista dei deputati designati per la formazione del Parlamento ed fornisce pareri vincolanti sulle questioni di carattere costituzionale.

La forma di governo così caratterizzata vede un dualismo fondato su due centri di potere, tra i quali non vi è alcun equilibrio: il Duce-Capo del Governo occupava una posizione di assoluta ed incontrastata preminenza che relegava il Re a mera figura rappresentativa<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Nonostante tutto ciò, Vittorio Emanuele III, durante il periodo fascista non mancò di ricordare positivamente a Mussolini ed ai suoi collaboratori l'esperienza dello Stato liberale, così come non celò mai le sue idee profondamente anti-tedesche in generale, ed anti-naziste in particolare, idee che si rafforzarono durante la visita di Stato di Hitler a Roma nel maggio 1938.

Il Re si mostrò particolarmente ostile alle innovazioni istituzionali del regime, all'introduzione di nuove onorificenze e cerimonie che contribuivano a rafforzare il peso del capo del Governo, ai progetti di *"modifica dei costumi italiani"*, come l'introduzione del saluto fascista, la questione dell'abolizione del *"lei"* e, maggiormente, la questione razziale. Questa opposizione, evidente sia pur non espressa direttamente, esasperò le relazioni della Monarchia con Mussolini e gli ambienti più radicali del partito fascista, fedeli al programma politico originario e sostenitori della scelta repubblicana del regime, al punto che Mussolini stesso scrisse di come il sovrano lo *"odiasse"*: aveva cominciato ad odiarlo fin dalla legge di costituzionalizzazione del Gran Consiglio del fascismo (9 dicembre 1928). Agli occhi del Duce l'ostilità del Re era evidente, dal momento che ebbe ad affermare *"C'è voluta la mia pazienza, con questa Monarchia rimorchiata. Non ha mai fatto un gesto impegnativo verso il regime. Aspetto ancora perché il Re ha 70 anni e spero che la natura mi aiuti, e quando alla firma del Re, si sostituirà quella meno rispettabile del principe potremo agire!"* (CIANO G., *Diario 1937-1943*, Bologna, 1948). In argomento, cfr. pure FEDERZONI L., *Italia di ieri per la storia di domani*, Milano 1967.

Lo Stato in questa fase aumenta le dimensioni della pubblica amministrazione ed accentua la propria presenza nell'economia, cercando di intervenire nel sempre più traballante settore creditizio con operazioni volte a salvare gli istituti di riferimento: si scelse di acquisire pacchetti azionari dalle banche e riorganizzarli in un sistema affidato all'IRI, un ente pubblico destinato alla ricostruzione industriale.

La tutela dei diritti di libertà, ancora formalmente sanciti nello Statuto, viene ad essere compressa al massimo grado possibile: i diritti politici non sono più riconosciuti, mentre la legislazione di pubblica sicurezza accresce i poteri discrezionali dell'autorità di polizia in materia di misure atte a limitare la libertà personale.

Infine le leggi razziali del 1938, in contrasto con il disposto statutario che sanciva il principio di uguaglianza dinanzi alla legge, privava i cittadini di razza ebraica dei diritti politici e della gran parte di quelli civili.

La "*Questione Romana*" viene ad essere superata dal Regime fascista con la stipulazione dei Patti Lateranensi e del relativo Concordato Stato-Chiesa: rinunciando ad ogni sorta di rivendicazione territoriale e patrimoniale, la Santa Sede ottiene la creazione dello Stato della Città del Vaticano ed il principio per cui la religione cattolica è la sola religione dello Stato italiano.

Furono i disastrosi risultati bellici a creare il primo distacco di parti crescenti dell'opinione pubblica dal regime fascista, fino a giungere alla aspra polemica nei confronti dell'enorme accentramento di potere nelle mani di Mussolini: all'esito della riunione del Gran Consiglio del Fascismo, che si concluse il 25 luglio 1943 con il voto di sfiducia a Mussolini il Sovrano scelse di revocare il Capo del Governo e nominare il maresciallo Badoglio<sup>45</sup> quale responsabile di un Governo di militari e funzionari di fiducia, non più rappresentativo del PNF.

---

<sup>45</sup> Già dal mese di giugno, Vittorio Emanuele III aveva intensificato i suoi contatti con esponenti dell'antifascismo, direttamente o mediante il ministro della Real Casa, duca Pietro d'Acquarone.

Il 22 luglio, all'indomani del vertice di Feltre tra Mussolini e Hitler e dopo il primo bombardamento di Roma, il sovrano aveva discusso con Mussolini della necessità di uscire dal conflitto lasciando soli i tedeschi e dell'evenienza di un avvicendamento alla Presidenza del Consiglio. Cfr. CIABATTINI P., *Il Duce, il Re e il loro 25 luglio*, Bologna, 2005.

Inizia il sistematico smantellamento dello Stato fascista che porta alla soppressione del PNF e della Camera dei Fasci e delle Corporazioni: il Parlamento non è più nelle condizioni di poter funzionare senza uno dei suoi due rami, così il Governo procede con maggiore sicurezza grazie all'adozione dei decreti legge.

L'armistizio di Cassibile, il 3 settembre 1943, conduce al trasferimento<sup>46</sup> da Roma a Pescara del Re Vittorio Emanuele III, della famiglia reale, di Badoglio e di diversi Ministri: mentre la gran parte del paese viene occupata militarmente dalle forze tedesche, si assiste alla nascita, nel nord Italia, della Repubblica Sociale Italiana sotto la guida di Mussolini ed all'insediarsi nel sud Italia, specificamente a Brindisi, degli organi costituzionali del Regno d'Italia, ai quali gli Alleati peraltro continuano a riconoscere legittimità, tanto da stipulare un secondo accordo, l'armistizio di Malta del 29 settembre 1943.

Solo lentamente l'*Italia del Re* espande la propria sovranità territoriale: questa risulterà limitata fino alla stipulazione del Trattato di pace.

All'indomani dell'insediamento a sud del Governo regio, le forze politiche antifasciste, confluite nel Comitato di Liberazione Nazionale (CLN), stentano inizialmente a riconoscere la legittimità dell'Esecutivo nominato dal Re: con il Patto di Salerno Vittorio Emanuele III si impegna a ritirarsi definitivamente dalla vita pubblica ed a nominare il figlio Umberto "*Luogotenente del Regno*", mentre le forze del CLN promettono di rimettere la soluzione della questione

---

<sup>46</sup> Le modalità del trasferimento a Brindisi, pur effettuato velocemente per via del rapido precipitare degli eventi, non assomiglierebbero, secondo alcune opinioni, a quelle di una fuga.

La storia della "*fuga*" sarebbe nata, secondo una tesi, in ambienti della Repubblica Sociale Italiana e, successivamente, adottata in chiave anti-monarchica da larghi settori della politica italiana. Devesi aggiungere, inoltre, che molte ricostruzioni degli storici sostenitori della tesi della fuga, tra i quali Zangrandi, si basano su mere supposizioni non confortate da prove. Sul punto così si è espresso VILLARI L., sul *Corriere della Sera* del 9 settembre 2001: "*Sono, in proposito, assolutamente convinto che fu la salvezza dell'Italia che il Re, il governo e parte dello Stato Maggiore abbiano evitato di essere "afferrati" dalla gendarmeria tedesca, e che il trasferimento (il termine "fuga" è, com'è noto, di matrice fascista, però riscuote grande successo a Sinistra) a Brindisi gettò, con il Regno del Sud, il primo seme dello Stato democratico e antifascista, ed evitò la terra bruciata prevista, come avverrà in Germania, dagli alleati*". Per ulteriori approfondimenti si veda anche SPERONI G., *Umberto II e il dramma segreto dell'ultimo Re*, Milano, 2004.

istituzionale ad un'Assemblea Costituente, eletta dal popolo dopo la conclusione del conflitto.

La liberazione dell'intero territorio nazionale si accompagna alla formazione di un Governo rappresentativo di tutte le forze politiche e ad un radicamento dello Stato su valori rinnovati, tanto da introdurre importanti novità: l'estensione del diritto di voto alle donne, le prime esperienze di autonomia regionale, eliminazione della gran parte delle limitazioni dei diritti di libertà.

Si decide di affidare ad un referendum popolare, in contemporanea alle elezioni per l'Assemblea Costituente, la scelta fra la Repubblica e la Monarchia, mentre per il periodo richiesto per il varo della nuova Costituzione il Governo, politicamente responsabile dinanzi all'Assemblea, continuerà a disporre del potere legislativo (ad eccezione delle questioni in materia costituzionale, elettorale e di approvazione di trattati internazionali).

Vittorio Emanuele III abdica il 9 maggio 1946, ponendo così la premessa per la proclamazione a Re del figlio Umberto II (che regnerà sino al 18 giugno dello stesso anno): il 2 giugno 1946, all'esito dell'indetto referendum istituzionale, fu proclamata la Repubblica<sup>47</sup>,

---

<sup>47</sup> La Corte di Cassazione diede lettura dei risultati del referendum: la repubblica ottenne 12.717.923 voti, mentre i favorevoli alla monarchia risultarono 10.719.284, si decise, tuttavia, di non procedere alla proclamazione della repubblica, rimandando al 18 giugno il giudizio definitivo su contestazioni, proteste e reclami.

Il 12 giugno a De Gasperi venne recapitata una comunicazione scritta dal Quirinale nella quale il re si dichiarava intenzionato a rispettare il responso degli "elettori votanti" - come stabilito dal decreto di indizione del referendum - aggiungendo che avrebbe atteso il giudizio definitivo della Corte di Cassazione secondo quanto stabilito dalla legge. In tal modo veniva ad essere sollevata la questione del quorum, che così suscitò le preoccupazioni dei ministri intenzionati alla proclamazione immediata della repubblica; nello stesso tempo, era necessario far fronte alle crescenti proteste dei monarchici, represse sanguinosamente il giorno prima a Napoli, in via Medina, dagli ausiliari di Romita (nove manifestanti avevano perso la vita e 150 erano rimasti feriti).

Lo stesso 12 giugno una manifestazione monarchica era stata dispersa violentemente.

Il Consiglio dei ministri stabilì che, a seguito della proclamazione dei risultati provvisori del 10 giugno, si era creato un regime transitorio e di conseguenza le funzioni di capo dello Stato passavano *ope legis* al Presidente del consiglio.

che caratterizzò il nuovo assetto costituzionale e permise all'Assemblea di procedere all'elezione del Presidente della Repubblica provvisorio, nella persona di Enrico De Nicola.

L'Assemblea resterà in carica sino al gennaio 1948 e procederà lentamente ai propri lavori a causa della scelta operata da vari partiti politici di non sottoporre un proprio progetto di Costituzione in una fase di necessario confronto e di ricerca di opportune convergenze: in questo senso si spiega la creazione di una Commissione per la Costituzione – denominata anche *Commissione dei 75* – articolata in tre sottocommissioni ed in altri organi interni.

---

Ciò avvenne nonostante il disposto dell'art. 2 del decreto legislativo luogotenenziale 16 marzo 1946, n. 98, che imponeva di attendere la proclamazione ufficiale da parte della Corte di Cassazione.

Il Governo assunse perciò unilateralmente poteri che, fino al pronunciamento definitivo della Cassazione, ancora non gli sarebbero spettati, deponendo di fatto Umberto II. Il ministro Epicarmo Corbino chiese a De Gasperi se si rendesse conto della responsabilità che si assumeva, dal momento che l'indomani sarebbe potuto apparire come un vero e proprio usurpatore del trono.

Dal canto suo, il sovrano reagì diramando un polemico proclama, nel quale parlava di "*gesto rivoluzionario*" compiuto dal Governo, ma, informato dal generale Maurice Stanley Lush che gli angloamericani non sarebbero intervenuti a difesa del sovrano e della sua incolumità neanche in caso di palese spregio delle leggi, e in particolare nel caso di un possibile assalto al Quirinale sostenuto dai seguaci dei ministri repubblicani, volendo evitare qualsiasi possibilità di innesco di guerra civile, cosa che era nell'aria dopo i morti di Napoli, decise di lasciare l'Italia.

La Corte di Cassazione confermò la vittoria della repubblica, statuendo, con dodici magistrati contro sette e sia pur con il voto contrario del presidente Giuseppe Pagano, che per "*maggioranza degli elettori votanti*", prevista dalla legge istitutiva del referendum (art. 2 del decreto legislativo luogotenenziale del 16 marzo 1946, n. 98), si dovesse intendere *maggioranza dei voti validi*, diversamente da quanto sostenuto dai sostenitori della monarchia.

Nel 1960 il presidente della Corte di Cassazione Pagano, in un'intervista a "*Il Tempo*" di Roma affermò che la legge istitutiva del referendum era di applicazione impossibile, in quanto non lasciava il tempo alla Corte di svolgere i suoi lavori di accertamento, e che ciò fu reso ancor più evidente dal fatto che numerose corti di appello non riuscirono a mandare i verbali alla Cassazione entro la data prevista. Lo stesso Pagano ribadiva infine che "*l'angoscia del governo di far dichiarare la repubblica era stata tale da indurre al colpo di Stato prima che la Corte Suprema stabilisse realmente i risultati validi definitivi*". Cfr. MOLA A., *Declino e crollo della Monarchia in Italia*, Milano, 2008, partic. p. 108 e 110; MALNATI F., *La grande frode. Come l'Italia fu fatta Repubblica*, Bari, 1998; PIAGENTINI R., *Il referendum del 1946 ovvero "La Grande Frode"*, Foggia, 1998.

La Commissione dei 75 riuscirà a definire un progetto, dibattuto dall'Assemblea e finalmente approvato il 22 dicembre 1947, con cui si sancisce una forma di governo repubblicana di tipo democratico-parlamentare e non più monarchica.

8. *La forma di governo parlamentare in Italia e la peculiare figura del Presidente della Repubblica*

In Italia la designazione della forma di governo repubblicano di tipo parlamentare quale forma più adatta per il paese, nonché la scelta di un sistema elettorale fortemente proporzionale per l'elezione del Parlamento, si mostrano come le più adatte e funzionali rispetto ad un modello costituzionale come il nostro, basato sul compromesso costituente fra diverse anime politico-ideali e sul radicamento del sistema democratico attribuito ai partiti di massa<sup>48</sup>.

Si tratta di una forma di governo *monistica, razionalizzata e corretta*: in merito al primo carattere, appare decisiva la derivazione del Presidente della Repubblica dal Parlamento e la sua configurazione quale rappresentante dell'unità nazionale e come potere distinto da quello esecutivo.

Il novero dei poteri attribuiti al Capo dello Stato risente ancora della tradizione monarchica ed esprime qualche aspetto di una certa ambiguità, pur potendosi escludere una sua partecipazione alla determinazione dell'indirizzo politico<sup>49</sup>.

Ciononostante appare assai importante rimarcare come la rilevanza di alcuni poteri, come lo scioglimento delle Camere e la nomina del Governo, non limitino il suo ruolo destinandolo a compiti di mera ratifica, potendo, al contrario, intervenire attivamente in alcuni delicati

<sup>48</sup> Per la letteratura concernente la forma di governo parlamentare italiana, v. almeno: BISCARETTI DI RUFFIA P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., p. 299-317; CARNEVALE P., *Il Parlamento*, e SICLARI M., *Il Presidente della Repubblica*, entrambi in MODUGNO F., *Diritto pubblico*, Torino, 2012, rispettivamente p. 253 ss. e p. 421 ss.. Cfr. pure VOLPI M., *La classificazione delle forme di governo*, e *Organizzazione dello Stato e organi costituzionali – il Capo dello Stato*, tutti in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, Torino 2012, rispettivamente p. 313 ss. e p. 430 ss.

<sup>49</sup> In tal senso è sufficiente una organica interpretazione dei poteri istituzionalmente riconosciuti al Presidente della Repubblica e l'osservazione che i suoi atti devono essere controfirmati.

scenari, come in situazioni di crisi politico-istituzionale o di aspra polemica politica, talvolta ai limiti dell'ordinamento costituzionale<sup>50</sup>.

Quanto descritto non deve indurre a sopravvalutare gli elementi dualistici presenti nella Costituzione italiana, poiché il Presidente non diviene mai, in ambito politico, né un leader, né un decisore di ultima istanza: il ricorso allo scioglimento delle Camere viene condizionato, infatti, dall'orientamento assunto dalle forze politico-parlamentari e la formazione di governi tecnici, pur vedendo un rilevante intervento del Capo dello Stato nella loro composizione e nell'individuazione di alcuni temi programmatici, non permette di imporre un proprio indirizzo politico o di sovrapporre la propria fiducia a quella parlamentare, mutandoli in "governi presidenziali"<sup>51</sup>.

La razionalizzazione della forma di governo emerge analizzando la disciplina del rapporto di fiducia, l'attribuzione al Presidente del Consiglio di una funzione di direzione e di integrazione dell'attività del Governo, la previsione di atti normativi primari di competenza dell'Esecutivo<sup>52</sup>.

A ben vedere si tratta di una razionalizzazione debole, tendente essenzialmente a regolamentare particolarmente la mozione di sfiducia in modo limitato ed a non adottare meccanismi volti a garantire la stabilità del Governo.

In questo modo prevale la natura corretta della forma di governo, caratterizzata dalla previsione di un sistema di limiti e garanzie operanti antagonisticamente al potere della maggioranza<sup>53</sup>.

In definitiva, la forma di governo risulta flessibile ed aperta a soluzioni diverse, dipendenti dal ruolo dei partiti e dall'evoluzione del sistema politico.

---

<sup>50</sup> Sul ruolo e sulle funzioni del Presidente della Repubblica nella Costituzione e nella prassi in generale, cfr. GALEOTTI S., *La posizione costituzionale del presidente della repubblica*, Milano, 1949; GUARINO G., *Il presidente della repubblica italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, p. 903 ss.; BALDASSARRE A., *Il Capo dello Stato*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di AMATO G., BARBERA A., Bologna, 1986; PIZZORUSSO A., *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988, p. 240 ss.

<sup>51</sup> Al riguardo v. SICLARI M., *Presidente della Repubblica e Governo*, in MODUGNO F., *Diritto pubblico*, cit., partic., p. 446.

<sup>52</sup> Cfr. DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, cit.

<sup>53</sup> Al riguardo, si pensi al decentramento regionale, al controllo di legittimità costituzionale delle leggi, al referendum abrogativo.

Sistema politico che, caratterizzandosi come un sistema a multipartitismo estremo e polarizzato, configura in senso non maggioritario il funzionamento della forma di governo.

L'effetto che viene a prodursi è che, pur realizzando l'obiettivo desiderato di garantire la convivenza tra forze divise ed il radicamento della democrazia pluralistica, la forma di governo manifesti evidenti limiti: l'instabilità e l'eterogeneità dei governi, la debolezza del Presidente del Consiglio e del Consiglio dei Ministri, l'inefficienza del raccordo Parlamento-Governo, l'indebolimento dello stesso Parlamento, la cui centralità viene progressivamente persa a causa del l'atteggiamento prevaricante dei partiti, infine dalla crisi della legge e dal ricorso sempre maggiore da parte dell'Esecutivo ad atti normativi che svuotano il potere legislativo.

Negli anni novanta del secolo scorso si produce una crisi del sistema politico, prodotta da fattori sia internazionali, sia interni, che causa l'affermarsi di nuovi partiti e di nuovi schieramenti politici e, soprattutto, la crisi della forma di governo stesso, non più in grado di garantire un adeguato e corretto funzionamento delle istituzioni.

Viene così ad inaugurarsi una fase di transizione: la riforma elettorale di Camera e Senato del 1993 trasforma i sistemi maggioritari a turno unico per tre quarti dei seggi e proporzionale per il restante quarto, ne consegue una bipolarizzazione dei partiti (centro-destra e centro-sinistra).

Nel 2005 il sistema elettorale viene nuovamente cambiato, con una formula proporzionale per liste concorrenti bloccate, corretta da soglie di sbarramento e da un premio di maggioranza alla coalizione vincente: viene, così, rafforzata la tendenza bipolare nelle due tornate elettive seguenti (2006 e 2008), ma a ben vedere si tratta di un bipolarismo imperfetto, in cui l'aggregazione interna delle coalizioni non è espressione della condivisione di un unitario programma di governo, ma nasce dal proposito di sconfiggere lo schieramento contrapposto<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Per un approfondimento sui problemi relativi al sistema elettorale e sul tema del bipolarismo imperfetto, v. *amplius* VOLPI M., *L'organizzazione costituzionale – il Governo*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, cit., *passim*.

Prodotto delle riforma dei sistemi elettorali e della trasformazione del sistema politico è un funzionamento solo tendenzialmente maggioritario della forma di governo: sussistono aspetti di tipo maggioritario (gli elettori hanno facoltà di dare una indicazione di governo, le consultazioni presidenziali all'indomani delle elezioni sono condotte per rappresentanze di coalizione e non dei singoli partiti che la compongono), ma non si realizza una stabilità dei governi che si susseguono (undici soltanto considerando il periodo che va dal 1994 al 2011), a causa della costante eterogeneità delle maggioranze.

Concludendo, la fase di transizione apertasi all'inizio degli anni novanta non ha ancora realizzato una stabilizzazione in senso bipolare-maggioritario: il sistema politico è caratterizzato da una tangibile incertezza e sembra orientarsi verso trasformazioni in grado di consolidare un superamento definitivo del sistema bipolare (grandi coalizioni, governi di larghe intese, programmi di governo trasversali), mentre la forma di governo parlamentare appare incerta nella sua evoluzione definitiva potendo tanto passare ad un funzionamento di tipo maggioritario analogo a quello di altre democrazie, quanto giungere ad una sorta di presidenzialismo di fatto, nel quale la maggiore legittimazione e i più ampi poteri del Governo e del Presidente del Consiglio non sono compensati dal riconoscimento dei contrappesi tipici del presidenzialismo classico<sup>55</sup>.

#### 9. La forma di governo parlamentare a prevalenza del Governo: il Regno Unito e la Corona

Il Regno Unito può essere inquadrato come il modello vivente di una forma di governo *parlamentare monista classica*<sup>56</sup>, in quanto, non sussistendo una razionalizzazione di norme scritte, per la gran parte si

<sup>55</sup> Per una più ampia trattazione v. VOLPI M., *La classificazione delle forme di governo – La forma di governo parlamentare*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, cit., p. 321 ss.

<sup>56</sup> Sulla forma di governo inglese, cfr. fra gli altri: RANDALL F., *British Government and Politics*, London, 1984; RICHARDS S.G., *Introduction to British Government*, London, 1984; ALDER J., *Constitutional and Administrative Law*, Macmillan, 1989; WALLIS M., *British and American systems of Government*, London, 1988; YARDLEY D.C.M., *Introduction to British Constitutional Law*, London 1990.

attiene e si fonda su regole a carattere consuetudinario<sup>57</sup> o non convenzionale, quindi non scritte.

Difatti, come è noto, nell'ordinamento britannico, a differenza degli altri Stati, non sussiste una costituzione scritta, peculiarità, questa, che ha fornito una caratterizzante adattabilità della forma di governo rispetto al mutamento delle condizioni sociali e politiche e, soprattutto, una solida continuità nel suo funzionamento, dalla seconda metà del secolo XIX.

Il monismo della forma di governo britannico risiede nella centralità del rapporto fra corpo elettorale, Camera dei Comuni e Governo e nella conseguenziale progressiva emarginazione della Corona e della Camera dei Lords: la netta prevalenza a livello legislativo viene acquisita dalla Camera dei Comuni (unica Assemblea legittimata a votare la sfiducia al governo) rispetto a quella dei Lords (di origine non elettiva) con i *Parliament Act* del 1911 e del 1949.

Il sistema politico bipartitico (basato sino al XIX secolo sulla storica contrapposizione fra il partito conservatore dei *Tories* e quello liberale dei *Whigs*, in seguito soppiantato dal partito laburista) ed il sistema elettorale maggioritario a turno unico (che ha sostenuto notevolmente il mantenimento del sistema bipartitico) hanno tradizionalmente attribuito una forte stabilità governativa, ben potendo il corpo elettorale, quando vota per la Camera dei Comuni, dare un'indicazione di governo a favore e del partito che risulterà vincente, utile perché sia ottenuta la maggioranza assoluta dei seggi, e del suo *leader*<sup>58</sup>.

Occorre tuttavia sottolineare come, nel tempo il bipartitismo ed il sistema elettorale maggioritario a turno unico siano entrati in sofferenza a causa della perdita progressiva di consensi da parte dei

---

<sup>57</sup> Sul significato della costituzione consuetudinaria, cfr. DE VERGOTTINI, G., *Diritto costituzionale comparato*, cit., Parte I, cap. III, par. 4. Tuttavia, secondo qualcuno, l'ordinamento inglese è essenzialmente giurisprudenziale non consuetudinario.

In tal senso cfr. DE FRANCHIS F., Introduzione a *Dizionario giuridico*, I, Milano, 1984, p. 32. In realtà sia il profilo consuetudinario che quello giurisprudenziale hanno un ruolo essenziale.

<sup>58</sup> Sui partiti e sul sistema elettorale, v. BUTLER D.E., *The Electoral System in Britain since 1918*, London, 1963; CASTLES F., WILDENMAN R., *Visions and Realities of Party Government*, London, 1986.

due maggiori partiti, conseguente all'emergere di partiti regionali<sup>59</sup> (in Scozia, Galles ed Irlanda del Nord) ed alla crescente affermazione del terzo partito, il liberal-democratico.

Lo scenario che può scaturire da siffatte premesse è che nessuno dei due maggiori partiti ottenga la maggioranza assoluta dei seggi alla Camera, realizzando il cosiddetto *hung Parliament* ("Parlamento sospeso"), come accaduto nel 1924, 1974 e 2010: mentre nei primi due casi si è formato un governo laburista monocolore di minoranza, nel 2010 si è costituito un governo di grande coalizione, realizzatosi grazie alla convergenza dei conservatori e dei liberal-democratici e rappresentante una esperienza accomunabile alle formule di grandi intese, avutesi anche in altri Stati, di strettissima attualità.

Venendo al Governo, il Gabinetto (comprendente venti Ministri a fronte dei circa cento membri del Consiglio dei Ministri) svolge il ruolo di comitato direttivo del Parlamento, potendo contare su di una maggioranza all'interno della Camera dei Comuni che approva le leggi designate funzionalmente alla concreta attuazione del programma politico.

Il Primo Ministro, leader del partito che detiene la maggioranza dei seggi alla Camera, riveste un ruolo fondamentale nella fase di formazione (indicando la nomina dei Ministri) e di direzione del Governo (essendo al di sopra dei Ministri e potendo indicare le linee programmatiche a cui ispirare l'adozione di azioni politico-amministrative).

Inoltre egli, sino al 2011, aveva addirittura il potere di sciogliere la Camera dei Comuni e dunque poteva, in tal modo, scegliere il momento più favorevole al partito di maggioranza per vincere nuovamente le elezioni; tuttavia il *Fixed-term Parliaments Act* ha fissato in cinque anni la durata del Parlamento e previsto specificamente le ipotesi di scioglimento anticipato (che può verificarsi su iniziativa della Camera dei Comuni con maggioranza dei due terzi o qualora la Camera approvi una mozione di sfiducia).

L'Esecutivo, una volta nominato, non ha bisogno di un vero e proprio voto di fiducia iniziale: è al Re che spetta il "*Discorso della*

---

<sup>59</sup> Sul ruolo progressivamente più incisivo svolto dai partiti minori, cfr. in particolare DRUCKER H.M., *Two-Party Politics in the United Kingdom*, in *Parliamentary Affairs*, 1978-1979, p. 19 ss.

*Corona*”<sup>60</sup>, con cui viene data lettura all’inizio di ogni sessione annuale del programma di governo, che il Parlamento approva all’unanimità esprimendo al Sovrano una mozione di ringraziamento.

L’opposizione può presentare emendamenti, con i quali può sindacare singoli aspetti del programma o tentare di far cadere il Governo, anche se ciò resta piuttosto improbabile in un sistema bipartitico<sup>61</sup>.

Quanto alla responsabilità politica del Governo, è assai rara l’eventualità di approvazione di una mozione di sfiducia da parte della Camera dei Comuni, ciò si può realmente verificare soltanto in presenza di un *hung Parliament*, nel quale nessuno dei due maggiori partiti detenga la maggioranza dei seggi (fattispecie venutasi a creare esclusivamente due volte, nel 1924 e nel 1979, ai danni di un governo laburista di minoranza).

Dallo schema sin qui delineato il sistema britannico emerge come forma di *governo di gabinetto*, anche se, negli anni sessanta e dopo i due decenni di governo conservatore della Thatcher (1979-1990) e di governo laburista di Blair (1997-2007), diversi autori hanno scelto di parlare di *governo del Primo Ministro*<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Trattasi del c.d. “*Speech from the Throne*”, atto solenne con cui si apre la sessione parlamentare, prima del quale non è consentita alcuna attività delle Camere, salvo le preghiere di rito, l’eventuale elezione dello “*Speaker*” ed il giuramento dei membri, all’inizio di una nuova legislatura. Per ulteriori approfondimenti, v. *amplius* LUCIFREDI P.G., *Appunti di Diritto costituzionale comparato, 2 - Il Sistema Britannico*, Milano, 1992.

<sup>61</sup> Per un approfondimento vedi DE VERGOTTINI G., *L’organizzazione dell’opposizione in Gran Bretagna, In margine alla nomina del nuovo leader del partito conservatore*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 26, 1974, p. 54; RUSSO A., *Selezione del Leader e nomina del Premier in Gran Bretagna*, in *Diritto e Società*, 1984, p. 357 ss.

<sup>62</sup> Sulla tendenza alla trasformazione del governo britannico da governo di Gabinetto a governo del Premier, cfr. HINTON R.K., *The Prime Minister as an Elected Monarch*, in *Parliamentary Affairs*, 1960, p. 297 ss.; CHESTER D.H., *Who Governs Britain?*, in *Parliamentary Affairs*, 1962, p. 519; GORDON WALKER P., *The Cabinet*, London, 1972, p. 126; ROSE R., *British Government; The Job at the Top*, in ROSE R., SULEIMAN E.N., *Presidents and Prime Ministers*, Washington, 1980.

Alcuni hanno posto l'accento sul fenomeno della personalizzazione del potere, altri ancora sono giunti a configurare il Primo Ministro come *monarca elettivo* o un *dittatore elettivo*.<sup>63</sup>

Tuttavia nella forma di governo del Regno Unito, a fronte dell'aumento della popolarità e dei poteri del Primo Ministro, sussistono contrappesi che ne delimitano lo spazio: la Corona (su cui, considerata la tematica di fondo del presente studio, si insisterà più diffusamente), il partito di maggioranza e l'opposizione.

*De iure*, il Monarca britannico è Capo dell'Esecutivo, parte integrante del Legislativo, Capo del Giudiziario, Comandante in capo di tutte le forze armate (oltre che Capo della Chiesa Anglicana - "*The established Church of England*"), ma queste attribuzioni sono solo pallide vestigia di epoche passate: dai tempi della monarchia assoluta ai nostri giorni, infatti, esse si sono enormemente svuotate, divenendo puramente formali<sup>64</sup>.

In ossequio al principio "*the King cannot do wrong*", che tradizionalmente assicura l'inviolabilità regia, il Monarca può compiere solo atti propostigli dai suoi ministri, che ne assumono costituzionalmente la responsabilità: quale simbolo, personificazione vivente dello Stato, egli regna, ma non governa.

Re e Regine poterono governare per diritto divino fino alla "*Rivoluzione Gloriosa*" del 1688-89 che, con i già richiamati in precedenza *Bill of Rights* e l'*Act of Settlement*, aprì la strada alla tesi secondo cui il fondamento del potere regio sia da rinvenire nella volontà del Parlamento, quale solo interprete della Costituzione materiale vigente.

Così si comprende come, in occasione della rinuncia al trono di Edoardo VIII nel 1936, sia stata approvata una legge del Parlamento finalizzata al conferire valore giuridico alla dichiarazione di abdicazione del Re.

<sup>63</sup> Cfr. BENEMY F.W.G., *The Elected Monarch. The Development of the Power of the Prime Minister*, London, 1965; nonché Hogg: *timori per la costituzione britannica*, articolo pubblicato sul *The Times* del 16 aprile 1969 (si ricordi che mr. Quintin Hogg era lo pseudonimo di Lord Hailsham, ex Lord Cancelliere del Regno Unito).

<sup>64</sup> Al riguardo, vedi BOGDANOR V., *The Monarchy and the Constitution*, Oxford, 1999; SUNKIN M., PAYNE S., *The Nature of the Crown: A legal and Political Analysis*, Oxford, 1999.

Poiché il Sovrano è uno dei tre organi legislativi, la legge è perfetta quando il Monarca ha provveduto ad “*approvarla*” con l’atto di sanzione, la qual cosa non sorprende, trattandosi di una costante nella quasi totalità delle monarchie parlamentari europee: a ben vedere, lo stesso ordinamento italiano conosceva il descritto istituto durante il periodo in cui vigeva lo Statuto Albertino (se ne ricordino gli articoli 3 e 7).

La nomina del Primo Ministro<sup>65</sup> (proprio come la dissoluzione della Camera dei Comuni) è solo apparentemente discrezionale ed è, sostanzialmente, potere vincolato, poiché soltanto circostanze assolutamente eccezionali possono far esercitare al Capo dello Stato un ruolo determinante nella scelta del Primo Ministro, come nell’ipotesi prospettata precedentemente e che qui si richiama, in cui venga meno il sostanziale bipartitismo e si renda necessario un governo di coalizione.

È configurabile anche la fattispecie della assenza di un vero e proprio *Leader* nella maggioranza, come nel caso di un repentino ritiro dalla vita politica oppure in quello della scomparsa inaspettata del Primo Ministro: nel 1957 le dimissioni di Eden portarono alla scelta da parte della Regina Elisabetta di Mac Millan; nel 1963 fu Mac Millan a ritirarsi e ad essere nominato fu Home.

Concludendo, possiamo ben dire che nella monarchia parlamentare britannica il Monarca abbia conservato, nel tempo, nei confronti del Parlamento le seguenti prerogative: il diritto di essere consultato, il diritto di incoraggiare ed infine il diritto di ammonire<sup>66</sup>.

Eppure nel Regno Unito la Corona rappresenta qualcosa di ben più importante, non potendo essere pienamente descritta attraverso i poteri e le prerogative di cui dispone concretamente il Monarca: la *Royalty* è fonte di ispirazione e, in un certo senso, di venerazione, rappresenta la continuità e la tradizione a cui si richiama per guardare con fiducia al futuro, è una salda ancora ed un paradigma in grado di tirare fuori il meglio da ciascuno dei suoi sudditi.

<sup>65</sup> Cfr. ARNO SEBASTIANI F., *La prerogative reale della nomina del Primo Ministro nella Costituzione inglese*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1974, p. 65 ss.; NAIRN T., *The Enchanted Glass: Britain and Its Monarchy*, London, 1988.

<sup>66</sup> Cfr. BAGEHOT W., *The English Constitution*, London, 1961, p. 67.

Al riguardo, gli stessi costituzionalisti inglesi affermano, pressoché da sempre, che essa non vada indagata, né interpretata. D'altronde, ha sostenuto Bagehot: *“La Monarchia vive perché è misteriosa. La Royalty deve essere venerata: se si va troppo a frugare, la venerazione si dissolve”*.

#### 10. L'esperienza della Spagna: la “forma politica” monarchica parlamentare

La complessità della storia politico-costituzionale della Spagna e la mutevolezza delle sue Carte fondamentali caratterizzano un'evoluzione molto articolata, che ha avuto inizio con la Carta liberale di Cadice del 1812 e che si è conclusa, dopo il significativo esperimento democratico della II Repubblica del 1931 e la seguente dittatura franchista, con l'entrata in vigore della Costituzione del 1978.

La Costituzione del 1931, che era stata posta alla base della II Repubblica, aveva rappresentato un'esperienza che, in tanti aspetti, sarebbe poi stata pienamente ripresa dalla Carta del 1978; furono la sanguinosa guerra civile, protrattasi per un triennio (1936-1939), e l'avvento di Francisco Franco, che con un colpo di Stato militare assunse il potere, a rovesciare l'esperienza democratica repubblicana, rimandando il procedere della Spagna verso una autentica democrazia<sup>67</sup>.

La fase di transizione politica che si aprì all'indomani della morte del dittatore, il 20 novembre del 1975<sup>68</sup>, è riuscita, senza contrapposizioni violente, a condurre l'ordinamento autoritario verso la democrazia: la Costituzione del 1978<sup>69</sup>, con la quasi totale convergenza delle forze politiche (e con la sola eccezione del Partito nazionalista basco, astenutosi), ratificata attraverso referendum popolare, individua in alcuni articoli del suo Titolo introduttivo, i

<sup>67</sup> Sul superamento dello Stato autoritario, cfr. MORLINO L., *Dalla democrazia all'autoritarismo. Il caso spagnolo in prospettiva comparata*, Bologna, 1981.

<sup>68</sup> Sul culminare giuridico della transizione nella promulgazione della costituzione, v. MORODO R., *La transición política*, Madrid, 1984; SOLE TOURA J., *Il caso spagnolo: dal centralismo a un sistema pluralista*, in *Democrazia e Diritto*, n. 3-4, 1985; DIAZ E., *La Transición a la Democracia*, Madrid, 1987.

<sup>69</sup> Per approfondimenti, v. PREDIERI A., *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980; TORRES DEL MORAL A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1985; ALZAGA O., *Comentarios a las Leyes Políticas*, Madrid, 1989; ALVAREZ CONDE E., *El régimen político español*, Madrid, 1990.

caratteri dell'ordinamento, definendo la Spagna come Stato sociale e democratico di diritto che propugna come “*valori superiori*” del proprio ordinamento giuridico, la libertà, la giustizia, l'uguaglianza ed il pluralismo politico.

La natura democratica e sociale del sistema risulta perfettamente riscontrabile se si considera l'importante ruolo attribuito alle Camere parlamentari rappresentative dei cittadini (in particolar modo al *Congreso de los Diputados*), pur nell'ambito di una forma di governo monarchica parlamentare razionalizzata, in cui il Governo ed il suo Presidente assumono una posizione significativa.

L'art. 1, comma 3, della Costituzione spagnola sancisce la monarchia parlamentare quale “*forma politica*” dello Stato: si tratta di una espressione unica nel suo genere, avente la finalità di utilizzare una formula letterale che non facesse riferimento né alla forma di Stato monarchica (formula che, d'altronde, avrebbe posto in una posizione di eccessiva centralità il Sovrano per un ordinamento di natura democratica), né alla forma di governo monarchica (che, al contrario, induceva a ridurre il ruolo assegnato al Monarca).

Nonostante il singolare sistema di selezione alla carica (la persona del Sovrano è stata scelta dal dittatore Francisco Franco, nel 1969), il Re ha ottenuto una piena legittimazione nell'ordinamento spagnolo: il suo ruolo di intelligente equilibrio è risultato essere di preziosa guida nella fase di transizione che ha condotto al pieno consolidamento democratico della Spagna ed è naturalmente divenuto, in quanto Capo dello Stato, il simbolo dell'unità e stabilità del paese, nonché l'arbitro ed il regolatore del funzionamento delle sue istituzioni<sup>70</sup>.

Le funzioni che spettano al Sovrano spagnolo, espressamente indicate dalla Costituzione e dalle leggi, sono depurate di ogni connotato politico e rappresentano, essenzialmente, i tradizionali compiti del Capo dello Stato, con la controfirma dei ministri; tra i compiti del Sovrano vanno ricordati: lo scioglimento delle Camere, la nomina e la revoca dei ministri, l'indizione delle consultazioni popolari, la nomina del Presidente del Governo, la ratifica dei trattati

<sup>70</sup> Per la collocazione della Corona nel sistema statale spagnolo, cfr. MENENDEZ REXACH A., *La jefatura del Estado en el derecho publico espanol*, Alcalá de Henares, 1979; LUCAS MURILLO P., *La organizacion de los poderes publicos en la constitucion espanola de 1978. La Corona*, in DE BLAS GUERRERO A., *Introduccion al sistema constitucional espanol*, Barcelona, 1982.

internazionali, la sanzione e la promulgazione delle leggi, il comando supremo delle forze armate, l'esercizio del diritto di grazia<sup>71</sup>.

Considerando la natura parlamentare della forma di governo, centrale risulta essere la relazione fiduciaria tra il potere legislativo e quello esecutivo; il Parlamento bicamerale (le *Cortes Generales*)<sup>72</sup> sono costituite dal Congresso dei Deputati e dal Senato: il Congresso, composto da 350 membri, è rappresentativo dell'intero corpo elettorale, ha durata quadriennale ed è eletto in circoscrizioni corrispondenti al territorio delle cinquanta Province (alle quali si sommano le città di Ceuta e Melilla, vere e proprie *enclaves* spagnole situate geograficamente in territorio marocchino).

Nel tempo, i vari partiti che si sono alternati al potere hanno caratterizzato Governi monocolore e soltanto rare volte non hanno avuto la maggioranza assoluta dei seggi al Congresso dei deputati: in questi casi si è reso necessario richiedere il sostegno esterno dei partiti nazionalisti, concedendo, quale contropartita, provvedimenti più favorevoli alle autonomie<sup>73</sup>.

La seconda Camera del Parlamento, il Senato, è composto da 264 membri, eletti con mandato quadriennale e per i quattro quinti dai cittadini, mentre un quinto è eletto dalle Assemblee legislative delle Comunità autonome che ne scelgono un membro ognuna. Nonostante l'art. 69 della Costituzione la definisca quale "*Camera di rappresentanza territoriale*", non è del tutto possibile ritenere che il Senato rappresenti gli enti locali e le autonomie regionali se si considera l'esiguo numero dei suoi membri che promanano dalle Assemblee legislative delle Comunità autonome.

---

<sup>71</sup> Sulle potenzialità mostrate dall'istituto monarchico nella esperienza spagnola, cfr. LUCAS VERDU P., *La Corona y la transformacion politico-social espanola*, in AA. VV., *La Corona y la Monarquia parlamentaria en la Constitucion espanola de 1978*, Madrid, 1983, p. 225 ss.; RUIZ RICO J.J., *La Corona*, in CAZORLA J., RUIZ RICO J.J., *Derechos, Instituciones y Poderes en la Constitucion de 1978*, Granada, 1983.

<sup>72</sup> Sul carattere del bicameralismo spagnolo si vedano, *ex multis*, CAPO GIOL J., *El debate sobre el bicameralismo: la Camera de representacion territorial*, in *Parlamento y Sociedad Civil*, Barcelona, 1980; FERNANDEZ SEGADO F., *El bicameralismo y la naturaleza del Senado*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 6, 1982; SERRANO ALBERCA J.M., *Las relaciones entre Camaras*, in *Revista de Derecho Publico*, n. 103, 1986.

<sup>73</sup> Come accaduto, ad esempio, tra il 1993 ed il 1996 con il Governo socialista di Felipe Gonzalez, sostenuto dal partito nazionalista catalano, e tra il 1996 ed il 2000 con il Governo di centro-destra di Aznar, sostenuto anch'esso da partiti nazionalisti.

Il ruolo preminente nella conduzione dell'indirizzo politico generale spetta al Consiglio dei Ministri, nell'ambito del quale assume una posizione così apicale il Presidente del Governo da portare a considerare “*presidenzialista*” la forma di governo parlamentare spagnola<sup>74</sup>.

*Leader* del partito politico vittorioso alle elezioni, proposto al Congresso dei Deputati dal Sovrano, a seguito di consultazioni con i gruppi politici con rappresentanza in Parlamento, il Presidente del Governo<sup>75</sup> viene nominato soltanto dopo l'investitura da parte di tale Camera: nel caso in cui l'Assemblea non manifesti la propria fiducia (né con maggioranza assoluta, in prima istanza, né con maggioranza semplice, in seconda), spetterà al Sovrano proporre un altro candidato per la carica; se dopo due mesi dalla prima votazione il Congresso dei Deputati non avrà espresso un voto di fiducia per nominare il Presidente del Governo, al Monarca non rimarrà che sciogliere entrambe le Camere.

La relazione fiduciaria che legittima la nomina del Presidente del Governo si interromperà con l'eventuale approvazione da parte del Congresso dei Deputati di una mozione di sfiducia costruttiva, indicante il nome del sostituto del Presidente in carica e presentata da almeno un decimo dei componenti della Camera bassa.

La suindicata mozione non può essere votata prima di cinque giorni dalla sua presentazione e, considerato il numero dei possibili sottoscrittori, la Costituzione statuisce che, entro due giorni dalla data della presentazione, potranno essere altresì depositate eventuali mozioni di sfiducia alternative.

Tuttavia, il numero dei possibili firmatari è solo apparentemente esiguo: soltanto i due partiti maggiori, difatti, sono riusciti a

<sup>74</sup> Cfr. BAR CENDON A., *El Gobierno y la funcion de Gobierno en la Constitucion espanola de 1978*, Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca 1984; SANCHEZ AGESTA L., *La estructura y funcionamiento del Gobierno en Espana; una aproximacion analitica*, in AA. VV., *El Gobierno en la Constitucion espanola y en los Estatutos de Autonomia*, Barcelona, 1985.

<sup>75</sup> Cfr. BAR CENDON A., *El Presidente del Gobierno en Espana. Encuadre consitucional y practica politica*, Madrid, 1983; GARCIA HERRERA M.A., *La Coordinacion del Presidente del Gobierno*, in AA. VV., *El Gobierno en la Constitucion espanola y en los Estatutos de Autonomia*, cit.; GONZALES HERNANDES J.C., *El nombramiento del Presidente del Gobierno en la Constitucion española de 1978*, in *Revista de politica comparada*, n. 2, 1980, p. 123 ss.

presentare la mozione, ciò a causa dell'elemento caratterizzante la mozione che costringe ad accordarsi sulla nuova investitura fiduciaria di un altro esponente politico, sul quale è difficile trovare convergenza.

Nel caso in cui nessuna tra le mozioni ottenga l'elevata maggioranza (assoluta) necessaria per condurre il Presidente del Governo in carica alle dimissioni, i sottoscrittori non potranno presentarne altra nella stessa sessione parlamentare.

Indubbiamente la natura razionalizzata del meccanismo fiduciario rafforza la stabilità del Governo, non valendo ciò a garantirne l'efficacia decisionale.

Allo scopo di rinsaldare la sua maggioranza il Presidente del Governo, sotto la sua responsabilità e previa deliberazione del Consiglio dei ministri, può scegliere di presentare la questione di fiducia, da approvare con maggioranza semplice ed in tema di politica generale o relativamente al programma di Governo<sup>76</sup>.

Inoltre al Presidente spetta la possibilità di proporre al Sovrano lo scioglimento di una o di entrambe le Camere parlamentari: in questo caso si tratta di uno scioglimento di tipo discrezionale e non di tipo automatico (come nel caso in cui la Camera bassa non riesca a trovare entro due mesi un accordo per investire il Presidente del Governo); lo scioglimento discrezionale non è realizzabile qualora sia stata presentata una mozione di sfiducia, nel caso in cui non sia passato almeno un anno dallo scioglimento precedente o nel caso in cui siano stati dichiarati gli stati eccezionali di allarme, eccezione ed assedio.

Al Governo compete la direzione della politica interna ed estera e l'amministrazione civile e militare, da esso dipende la Pubblica Amministrazione, la quale, sottoposta alla legge ed al diritto, persegue con imparzialità gli interessi generali.

Non mancano, comunque, nell'ordinamento spagnolo, accanto alla tradizionale amministrazione centrale e periferica dello Stato, organi

---

<sup>76</sup> Sul punto, così DE VERGOTTINI G. (*La forma di governo spagnola – Il rapporto governo-parlamento*, in *Diritto pubblico comparato*, cit.): "In questo modo, le possibilità di controllo parlamentare – ampiamente fornite alle minoranze in entrambe le camere (artt. 109, 110, 111, relativi ai diritti di richiedere informazioni e presenza del Governo, d'interrogazione e di interpellanza nell'esercizio delle funzioni ispettive delle camere) – vengono limitate per quanto riguarda l'eventuale rimozione del Governo dalla carica senza il ricorso diretto alle elezioni generali".

amministrativi indipendenti (come, ad esempio, la Banca centrale o la Commissione per il mercato dei valori).

La natura democratica dell'ordinamento spagnolo si adatta perfettamente ad una forma di stato che si ispira ad un ampio decentramento di tipo politico: la Costituzione, all'art. 2, infatti, se da un lato proclama l'indissolubile unità della Nazione, garantisce il pieno diritto all'autonomia delle nazionalità e delle Regioni<sup>77</sup>.

È questo richiamo alle nazionalità ed alle Regioni (non riscontrabile in alcuna altra disposizione costituzionale) a rilevare sotto il profilo politico, poiché riconosce l'esistenza di enti aventi lingua propria e tradizioni giuridiche e storiche peculiari, le nazionalità (Paesi Baschi, Catalogna, Galizia), che si reputano differenti dalle Regioni, che sono invece enti territoriali decentrati, sorti con il nuovo regime democratico, col tempo hanno sviluppato non poche similitudini con le nazionalità.

Alcune di queste nazionalità, come i Paesi Baschi, non lesinano attacchi all'ordinamento spagnolo, ribadendo in modo assai forte la propria autonomia e giungendo a rivendicare vera e propria indipendenza; non a caso il Partito nazionalista Basco ha presentato al Congresso dei Deputati una riforma dello Statuto della Comunità autonoma, tendente ad una formula molto vicina ad un sistema confederale.

Come nella II Repubblica del 1931, anche l'attuale Costituzione non enumera direttamente gli enti regionali, ma si limita a prevederne la loro possibile formazione: sono le Province limitrofe con caratteristiche comuni dal punto di vista storico, culturale ed economico, che, insieme ad una determinata percentuale dei Comuni compresi nel loro territorio, possono chiedere ai poteri centrali di esercitare il proprio diritto all'autonomia, così divenendo *Comunidad Autónoma*.

Peraltro è appena il caso di osservare come la Costituzione spagnola renda possibile l'esistenza di due diversi livelli di autonomia, a seconda del tipo di procedimento seguito per la formazione

<sup>77</sup> Su questi aspetti e per un approfondimento, v. almeno GONZALEZ CASANOVA J.A., *Nacionalidades y Autonomías*, in *Revista de Occidente*, n. 45, 1985; FERRANDO BADIA J., *El Estado Unitario, el Federal y el Autonomico*, Madrid, 1986; PEREZ ROYO J., *Reflexiones sobre la contribucion de la jurisprudencia constitucional a la construccion del Estado Autonomico*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 49, 1986.

dell'ente territoriale: qualora le Province, con deliberazione dei loro Consigli, ottengano il concorso dei due terzi dei Comuni compresi nel loro territorio che rappresentino la maggioranza degli elettori di ogni Provincia, si giungerà alla formazione di una Comunità autonoma dotata di una normale sfera di poteri; qualora i Consigli delle Province limitrofe ottengano il concorso dei tre quarti dei Comuni del loro territorio e la proposta sia approvata, tramite referendum, dalla maggioranza assoluta degli elettori di ogni Provincia, l'autonomia regionale, alla quale si perverrà, potrà invece essere dotata di un livello superiore di competenza<sup>78</sup>.

Nell'indicato articolato costituzionale, dunque, la figura del Sovrano rileva un ruolo di coesione politica delle varie entità riconosciute e di garanzia nel corretto uso del potere da parte degli organi di governo, tutelando così le prerogative delle Cortes (ma anche delle possibili minoranze “nazionali”) da possibili derive illegittime e realizzando il difficile equilibrio tra *checks and balances* che caratterizza qualunque formula statuale di impostazione democratico-rappresentativa.

#### 11. *Le peculiarità del federalismo in Belgio tra Comunità, Regioni e Stato*

Le riforme costituzionali e legislative<sup>79</sup> che, a partire dal 1970, si sono susseguite hanno delineato quella belga come una forma di Stato dai caratteri estremamente singolari.

L'art. 1 della Costituzione definisce il Belgio come uno Stato federale che si compone di tre Comunità (francese, fiamminga e di lingua tedesca) e tre Regioni (vallona, fiamminga e di Bruxelles): queste differenti tipologie di autonomie, nella loro contestuale esistenza, rappresentano la prima evidente particolarità del

---

<sup>78</sup> Cfr. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, Milano, 1980; LOPEZ AGUILAR J.F., *Lo Stato 'autonomico' spagnolo. Stato composto asimmetrico e fatti differenziali nella Costituzione spagnola del 1978*, Padova 1999; AJA E., *El Estado autonomico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, 2003; BEHRENDT C., *La possible modification de la procédure de révision de la Constitution belge*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 54, 2, 2003, p. 280.

<sup>79</sup> Sul tema, cfr. DOMENICHELLI L., *Federalismo e recenti sviluppi della forma di governo in Belgio*, in *Il Politico*, 2, 1995, p. 251 ss.; GUIGLIA G., *La forma di governo parlamentare belga: tradizione e rinnovamento a confronto*, in DELPEREE F., *L'ordinamento federale belga*, Torino, 1996, p. 11 ss.

federalismo belga, poiché, di norma, gli enti costitutivi dello Stato federale appartengono ad un solo tipo.

La suindicata differenziazione sembra trovare spiegazione nel fatto che i due ordini di enti politici sono stati costituiti come risposta alle diverse rivendicazioni autonomiste sorte nel paese; in questo modo, l'esigenza di autonomia dei gruppi linguistici, concernente aspetti relativi all'identità linguistica e culturale, hanno portato all'istituzione delle Comunità, mentre la richiesta da parte di differenti territori di una autonomia in ordine a motivi di natura socio-economica, ha portato alla costituzione delle Regioni.

Per l'effetto, se le Comunità rappresentano un decentramento basato sul criterio dell'identità linguistico-culturale e ad esse sono demandate competenze relative all'insegnamento e all'uso delle lingue, le Regioni, invece, realizzano un decentramento basato sul criterio dell'identità territoriale, vedendosi attribuite competenze di interesse socio-economico e di sviluppo territoriale.

Non sbaglia, quindi, chi definisce il Belgio come un “*federalismo di sovrapposizione*”<sup>80</sup>, ben potendosi, le Comunità e le Regioni (nonostante le prime non coincidano territorialmente con le seconde), concretamente sovrapporre nell'esercizio delle competenze su di uno stesso territorio.

Ulteriore peculiarità è da rinvenire in quella che è stata definita come la “*asimmetria*”<sup>81</sup> del federalismo belga, consistente nella possibilità che ogni Regione ed ogni Comunità disponga di un Parlamento e di un Governo, con i quali esercitare le funzioni legislative ed amministrative previste dalla Costituzione e dalla legislazione speciale.

Così, se la Comunità fiamminga e la Regione fiamminga sono amministrate da un solo Governo ed un solo Parlamento, per via della propria coincidenza territoriale, a sud, ove non sussiste coincidenza tra i territori della Comunità francese e la Regione vallona, possono coesistere il Governo ed il Parlamento della Comunità francese ed il Governo ed il Parlamento della Regione vallona.

<sup>80</sup> MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, cit., pp. 241-268.

<sup>81</sup> BARTHOLOMEE V., *L'asimmetria*, in DELPEREE, *L'ordinamento federale belga*, cit., p. 158 ss.; VERDUSSEN M., *Il federalismo asimmetrico in Belgio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2007, p. 1172 ss.

La descritta asimmetria ben lascia intendere le diverse spinte politiche nonché i differenti interessi, che hanno inciso nella progressiva evoluzione che ha condotto all'attuale forma di Stato belga: in questa formula, se ai fiamminghi è consentito, grazie alla Comunità, di soddisfare il proprio bisogno di autonomia linguistica e culturale del Nord, al contempo, è possibile che i francofoni del Sud ottengano la garanzia dell'autonomia socio-economica vallona mediante la valorizzazione delle competenze Regionali.

Stato federale, Regioni e Comunità hanno competenze esclusive: in ciascuna materia ogni singola attribuzione è esercitata da un solo livello territoriale, con ciò escludendo una potestà concorrente o di attuazione, nello stesso ambito tra enti federati ed autorità centrale.

Epperò il principio di esclusività appena evidenziato è spesso più astratto che reale, sussistendo materie nell'ambito delle quali è invero riscontrabile una coesistenza di attribuzioni tra gli enti federati e l'autorità federale, coesistenza che si risolve in una forte limitazione all'autonomia dei poteri delle Comunità e delle Regioni.

Gli artt. 127 e sgg. Cost. individuano le materie di competenza delle Comunità: la cultura, l'insegnamento, l'uso delle lingue e le c.d. materie "*personalizzabili*", vale a dire settori strettamente legati alla persona ed ai suoi bisogni, come la sanità pubblica o l'assistenza sociale.

Le competenze delle Regioni, invece, rimesse dalla Costituzione alla legislazione speciale, sono definite principalmente dalla legge 8 agosto 1980: si tratta di un vasto complesso di materie comprendenti il territorio, l'ambiente, lo sviluppo economico, le comunicazioni.

Lo Stato federale, invece, è competente, in via residuale, in tutte quelle materie che la Costituzione e la legislazione speciale non attribuiscono agli enti federati; anche in questo caso, a ben vedere, ci troviamo dinanzi ad una importante differenza rispetto al sistema adottato nelle altre formule federali<sup>82</sup>.

Merita altresì osservare che il sistema parlamentare nazionale, caratterizzato sin dal 1831 da un sistema bicamerale paritario e

<sup>82</sup> Cfr. BALDIN S., ANTONINI L., *La ripartizione delle competenze nell'ordinamento federale belga alla luce del principio di sussidiarietà*, in RINELLA A., SCARCIGLIA R., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, p. 153; BERTOLINO C., *Stato, comunità e Regioni in Belgio*, in *Amministrare*, 2004, p. 410.

indifferenziato, ha subito rilevanti modifiche con il disegno di revisione della forma di Stato belga del 1993<sup>83</sup>: l'idea sulla quale si dibatté fu quella di trasformare il Senato in una Camera di enti federati, in linea con l'intenzione di riformare le istituzioni centrali in senso federale.

Il progetto, scontratosi con differenti proposte e divergenti orientamenti, si sostanziò, infine, in una soluzione di compromesso che condusse alla creazione di un'Assemblea nella quale si rinvenivano: rappresentanti nazionali e comunitari, membri eletti direttamente ed altri eletti indirettamente dagli elettori, membri “*cooptati*” e di diritto (i discendenti del Re).

Si tratta di una composizione estremamente articolata che rispecchia proprio l'esigenza di riunire visioni differenti in merito alla rappresentanza: se la presenza di membri designati dalle Assemblee delle Comunità asseconda la tendenza più vicina alla creazione di una Camera degli enti federati, allo stesso tempo la presenza di rappresentanti eletti direttamente evidenzia l'attaccamento alla tradizionale rappresentanza nazionale, naturale espressione del concetto di nazione nel suo insieme.

Il Senato non può, dunque, ritenersi una Camera federale, come è da intendersi nelle esperienze federali contemporanee, poiché, sebbene sia attenta alla rappresentanza delle collettività politiche sub-statali, in essa rileva comunque una quota maggioritaria di sovranità nazionale<sup>84</sup>.

In tema di competenze, il Senato esercita una limitata facoltà di emendamento che ne restringe la partecipazione alla funzione legislativa, è, infatti, la Camera dei rappresentanti a pronunciarsi in via definitiva su un progetto di legge, pur sussistendo delle eccezioni: il bicameralismo torna ad essere perfetto nella deliberazione di atti normativi di considerevole rilievo politico-costituzionale.

---

<sup>83</sup> ERGEC R., *Quelques observations sur le “gouvernement de legislature”*, in AA. VV., *La Constitution federale du 5 mai 1993*, Bruxelles, 1993.

<sup>84</sup> In argomento v. GILISSEN J., *Le régime représentatif en Belgique depuis 1790*, Bruxelles, 1958; MEERSCHAUT F., ALEN A., *Le bicameralisme belge, de la voie unitaire a la voie federale*, in *Administration publique*, n. 2-3, 1990; GORS B., *Les Parlements de Communauté et de région: une nouvelle dénomination constitutionnelle*, in *Revue belge de droit constitutionnel*, n. 1, 2005.

È il caso dell'approvazione delle leggi di revisione costituzionale, delle leggi speciali e di quelle relative alle relazioni internazionali e lo statuto delle giurisdizioni.

Si può, complessivamente, osservare come l'adeguamento delle strutture parlamentari nazionali all'impostazione federale del sistema non risulti perfetto, poiché non soltanto si è ritenuto che nella seconda Camera non fossero rappresentati solo gli enti federati, ma sono state, altresì, depotenziate le funzioni della stessa; e ciò al fine concreto di evitare che la legislazione federale potesse divenire oggetto di vera e propria negoziazione tra il potere federale e quello comunitario/regionale.

In seguito alla riforma costituzionale del 1993, a livello federale, il Belgio è caratterizzato da una forma di governo parlamentare razionalizzata.

Il rapporto che lega l'Esecutivo alla sola Camera dei rappresentanti - assemblea di 150 membri eletti a suffragio universale diretto con sistema proporzionale e ripartiti in due gruppi linguistici (francofono e neerlandese) – mentre resta escluso dal rapporto fiduciario il Senato<sup>85</sup>.

Nominato dal Re, il Governo federale si compone di non più di quindici membri e la sua articolazione, seguendo e rispettando il principio della parità linguistica, consiste in un numero di ministri francofono che deve essere eguale a quello dei ministri di lingua neerlandese.

L'elemento che caratterizza la razionalizzazione del parlamentarismo belga è rappresentato dalla mozione di sfiducia costruttiva, che può essere presentata da qualsiasi deputato della Camera dei rappresentanti: in questo caso, la Camera vota, a maggioranza assoluta dei suoi membri, la sfiducia al Governo ed indica un successore per l'incarico di Primo Ministro che formi il nuovo Governo; sarà poi il Re a nominare il successore come nuovo capo del Governo, affidandogli l'incarico e richiedendogli di

---

<sup>85</sup> Vedi ZANNINI R., *Il caso belga*, in LABRIOLA S., *Il decentramento politico negli stati dell'Unione Europea*, Rimini, 1997, p. 111 ss.; MOSCHELLA G., *Considerazioni minime sull'organizzazione dei poteri e la distribuzione delle competenze nell'originale esperienza belga*, in GAMBINO S., *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze. Esperienze straniere e tendenze attuali*, Rimini, 1998, p. 21 ss.

presentarsi alla Camera per ottenere la fiducia insieme ai suoi ministri, secondo il sistema della cosiddetta “*doppia investitura*”<sup>86</sup>.

Nell’ottica di rafforzare la stabilità del Governo parlamentare, la Costituzione belga prevede che la fiducia al Governo su un disegno di legge possa essere rigettata solo con la maggioranza assoluta dei suoi membri. Vi è di più, è prevista la possibilità di un rigetto costruttivo della fiducia, in quanto la Camera dei rappresentanti ha a disposizione tre giorni, a partire dal voto di rigetto della fiducia, per avanzare al re la candidatura di un successore del Primo ministro (art. 46 Cost.).

A ben vedere un meccanismo di questo tipo, non sembra affatto assicurare una stabilizzazione del sistema, alla luce della molteplicità di formazioni partitiche caratteristica del paese e della conseguenza che i Governi sono sostenuti da coalizioni di più partiti, sicché risulta oltremodo difficile che in un termine così breve sia possibile coagulare una coalizione di maggioranza o risolvere le divergenze all’interno della compagine di Governo.

La presenza degli elementi della sfiducia e della fiducia costruttiva comportano, inoltre, una limitazione del potere reale di scioglimento anticipato delle Camere, posto che, alla luce dell’art. 46 Cost., il Re può sciogliere le Camere solo in tre circostanze: quando è stata approvata una mozione di sfiducia al Governo, ma al Re non è pervenuta indicazione del successore al Primo ministro; quando è stata rigettata una mozione di fiducia e la Camera, nei tre giorni successivi, non esprime il nome del nuovo Primo ministro; quando, a seguito di dimissioni spontanee del Governo, la Camera esprime il consenso allo scioglimento.

L’efficacia degli strumenti di razionalizzazione del parlamentarismo belga ci appare, dunque, complessivamente limitata: suddetti strumenti, non risultando attenti alla peculiarità del sistema politico e partitico del paese, nell’ambito del quale le crisi di Governo solo di rado sono procurate da un voto di sfiducia e, per lo più, risultano originate da disaccordi sorti all’interno dell’Esecutivo, non dimostrano assolutamente la capacità di scongiurare o limitare le ipotesi in cui le coalizioni di governo decidano di dimettersi.

---

<sup>86</sup> GUIGLIA G., *Le forme di governo parlamentare belga: tradizione e rinnovamento a confronto*, cit., p. 34.

La Costituzione del 1831, ancora oggi vigente (seppur con diverse revisioni subite nel corso del tempo), caratterizza il Belgio come Monarchia parlamentare: nella Carta fondamentale, infatti, sono perfettamente conciliate le istanze monarchiche, in linea con la restaurazione voluta dal Congresso di Vienna, ed i principi della sovranità e della rappresentanza popolare, figli della rivoluzione francese<sup>87</sup>.

Oggi il Sovrano e, con esso, l'istituzione monarchica assurgono a simbolo dell'unità nazionale, rappresentano l'unificazione di tutti gli enti politici belgi nello Stato federale, all'insegna del principio della lealtà federale previsto dall'art. 143 della Costituzione.

L'art. 88 della Costituzione, definendo il Re come inviolabile e irresponsabile, sancisce che nessun atto reale può essere efficace se non è controfirmato da un ministro che, firmandolo, ne diviene responsabile (art. 106 Cost.), mentre l'ordine reale, verbale o scritto che sia, non può in nessun modo sottrarre un ministro alla propria responsabilità (art. 102 Cost.).

Tra le attribuzioni del Re possono essere ricordate il poter di nominare e revocare i ministri, di sciogliere la Camera dei rappresentanti, la direzione delle relazioni internazionali (art. 167 Cost.), senza pregiudizio per le competenze di Comunità e Regioni (le quali possono prendere iniziative ed intraprendere negoziati con Stati esteri in materie di loro competenza).

In materia di trattati internazionali, poi, occorre dire che essi sono conclusi dal Re ma la relativa responsabilità è attribuita esclusivamente al Governo e devono in ogni caso ottenere l'assenso delle Camere.

In ambito legislativo, spetta al Re la sanzione regia delle leggi, elemento costitutivo dell'atto legislativo, e la promulgazione, elemento integrativo dell'efficacia della legge (art. 109 Cost.).

Per contro, il Re non dispone di alcun potere di veto sulla legge: infatti la sanzione regia potrebbe pur essere rifiutata, ma la dottrina belga unanimemente ritiene che essa sia atto del sovrano solo

---

<sup>87</sup> V. per tutti WALEFFE B., *“Le Roi nomme et revoque ses ministres”. La formation et la demission des gouvernements en Belgique depuis 1944*, Bruxelles, 1979; MOLITOR A., *La fonction royal en Belgique*, Bruxelles, 1979; STENGERS J., *L'action du Roi en Belgique depuis 1831: pouvoir et influence*, Bruxelles, 2008, p. 429.

formalmente, laddove, in sostanza, rileva essere un vero e proprio atto governativo e che, dunque, non spetti al Re prendere eventualmente una posizione contraria al Governo e alla maggioranza parlamentare che abbia con il proprio voto sostenuto la legge<sup>88</sup>.

12. *La figura del Capo dello Stato nelle esperienze contemporanee: il principio monarchico tra piena sussistenza e trasfigurazioni repubblicane*

Quasi in tutti gli ordinamenti contemporanei vi è al vertice dello stato un organo denominato “*Capo dello Stato*” che rappresenta l’unità nazionale all’interno e nei rapporti con gli altri Stati: normalmente si tratta di un organo monocratico, in qualche caso però esso ha carattere collegiale (Svizzera).

Non mancano esempi storici di ordinamenti nei quali il Capo dello Stato non fosse formalmente previsto, come in Francia nella costituzione giacobina del 1793 ed in alcuni ordinamenti socialisti, in cui è prevalsa una forma democratico-radical della sovranità popolare (anche se in questi ultimi il ruolo in questione era svolto da quell’organo ristretto, eletto dal Parlamento, unitamente al suo Presidente); inoltre negli Stati Uniti d’America il Presidente si configura soprattutto come Capo dell’Esecutivo, funzione rispetto alla quale quella di Capo dello Stato risulta accessoria e secondaria<sup>89</sup>.

Ed anche nelle esperienze in cui non esista formalmente un Capo dello Stato, in ogni caso vi è un soggetto avente il ruolo, almeno, di rappresentare lo Stato nei rapporti internazionali, persino in quegli Stati democratico-pluralistici in cui l’unità nazionale è il prodotto della sintesi fra interessi rappresentati da gruppi sociali e politici diversi tra loro: difatti le costituzioni dei Paesi ex-socialisti hanno, tutte, introdotto l’organo monocratico Capo dello Stato, pur con diversa legittimazione e differenti poteri.

Prendendo in analisi la totalità degli ordinamenti contemporanei, in due terzi di essi come Capo dello Stato vi è il Presidente della Repubblica, mentre negli altri vi è ancora un Monarca (Gran

<sup>88</sup> UYTENDAELE M., *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, 2005 p. 350.

<sup>89</sup> RESCIGNO G.U., *Il Presidente della Repubblica, capo dello Stato*, in *Politica del diritto*, 2010, pp. 699-716; PELLIZZONE I., *Il peso specifico della prassi nella configurazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2013, p. 79 ss.

Bretagna, Belgio, Lussemburgo, Danimarca, Spagna, Svezia, Paesi Bassi, Norvegia, solo volendo considerare le esperienze europee, potendo altresì annoverare quelle, numerose, di altre aree, come quella araba, africana ed asiatica).

Ebbene, alla base di tale differenziazione vi è, storicamente, la contrapposizione di due principi<sup>90</sup>: il principio monarchico c.d. “*puro*” vede il Capo dello Stato quale personificazione vera e propria dello Stato e titolare di tutti i poteri, ciò fondandosi su di un assunto teocratico (il Re è tale per volontà divina) o legittimista (il Re è tale poiché la sua dinastia detiene il potere regio da lungo tempo); di contro il principio democratico rintraccia nel Capo dello Stato un organo costituzionale chiamato ad operare, in concorrenza con altri organi alla pari con esso, per realizzare i fini della comunità statale.

Nonostante sia stato il principio democratico a prevalere negli Stati repubblicani - ed anche in quelli monarchici – il principio monarchico c.d. “*puro*” ha comunque continuato ad influenzare la formulazione di testi costituzionali (attribuendo, ad es., al Capo dello Stato la titolarità formale di rilevanti poteri, da un lato, e l’affermazione del correlato principio di irresponsabilità, dall’altro), così come alcune ricostruzioni dottrinali del ruolo del Capo dello Stato, senza considerare che in vari paesi in via di sviluppo il principio monarchico *de quo* continua a persistere grazie anche all’influenza di fattori religiosi che consentono la legittimazione teocratica del potere.

In merito al suo ruolo, sussistono differenti teorie relative al Capo dello Stato.

Secondo una prima teoria, esso è capo del potere esecutivo, realizzando negli attuali ordinamenti repubblicani una specie di “*trasfigurazione repubblicana*” del principio monarchico (come sostenuto da Baldassarre<sup>91</sup>): è quello che si verifica nella forma di governo presidenziale, mentre in quella semipresidenziale il ruolo del Presidente può mutare a seconda del rapporto instaurato fra esso e la maggioranza parlamentare.

<sup>90</sup> BALDASSARRE A., *Il Capo dello Stato*, in AMATO G., BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico, II. L’organizzazione costituzionale*, Bologna, 1997, pp. 235-237.

<sup>91</sup> BALDASSARRE A., MEZZANOTTE C., *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985.

Una seconda teoria vede nel Capo dello Stato il garante della legittimità e della permanenza dell'unità statale, chiamato a salvaguardare quest'ultima dalle derive disgreganti del pluralismo partitico, ma non solo: nelle situazioni di particolare crisi, in cui è in pericolo l'unità dello Stato, il Capo dello Stato è legittimato ad intervenire eccezionalmente assumendo in prima persona la direzione politica del paese.

A questa concezione si ispirano le costituzioni attribuenti al Capo dello Stato il potere di proclamare lo stato di crisi e di adottare una serie di misure in deroga alle previsioni costituzionali<sup>92</sup>.

A parere, infine, di un terzo ordine di pensiero, il Capo dello Stato rappresenta un vero e proprio potere neutro, da distinguere dai tre poteri tradizionali (legislativo, esecutivo e giudiziario) e collocato al di sopra delle parti politiche per poterne moderare i rapporti e superare possibili conflitti<sup>93</sup>.

Ciò che emerge è che, al di là delle differenti teorie alle quali si volesse accedere, il Capo dello Stato resta comunque una figura altamente complessa, il cui ruolo rispetto al sistema costituzionale può mutare a seconda delle contingenze politiche, del funzionamento della forma di governo ed altresì del modo in cui il titolare dell'organo intende interpretare il proprio ruolo.

Nella forma di governo propriamente “*presidenziale*” il Presidente, già titolare dei poteri tipici di un capo dello Stato (tra i quali la rappresentanza dello Stato stesso nelle relazioni internazionali ed il comando supremo delle forze armate), è altresì titolare del potere esecutivo, potendo compiere atti di direzione della politica interna ed estera del paese: in Francia il Presidente, sostenuto dalla maggioranza dell'Assemblea nazionale, concentra nelle sue mani i poteri del Presidente degli Stati Uniti e quelli del Primo Ministro del Regno Unito; in Russia esso è anche titolare di poteri assai rilevanti, quali l'iniziativa legislativa, lo scioglimento della Duma, l'indizione del referendum, l'impugnazione delle leggi federali di fronte alla Corte costituzionale.

<sup>92</sup> V. art. 48 *Costituzione di Weimar*; art. 16 *Costituzione francese*.

<sup>93</sup> Cfr. CONSTANT B., *Riflessioni sulle costituzioni e le garanzie*, p. 52; VILE M.J.C., *Constitutionalism, and the Separation of Powers*, Oxford, 1967, pp. 204-205; SCHMITT C., *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984, p. 378.

Nella maggior parte degli ordinamenti al Capo dello Stato sono attribuiti poteri di rappresentanza dello Stato e dell'unità nazionale, di garanzia del rispetto e della costituzione, di iniziativa e di controllo nei confronti degli altri organi costituzionali.

In sostanza, a seconda del contesto politico e dai fattori istituzionali, gli atti del Capo dello Stato possono assumere alternativamente natura sostanziale, perché da lui effettivamente decisi, o meramente formale, giacché egli si limita a sancire la volontà espressa da un altro organo.

In questo senso, giova tenere in mente la derivazione del Capo dello Stato: difatti, nei paesi democratici, i Sovrani, per la loro natura non rappresentativa, sono in linea generale titolari di poteri formali o simbolici, mentre gli atti dei Presidenti possono assumere valore differenziato.

Negli ordinamenti monarchici la controfirma ministeriale è necessaria per tutti gli atti del Re, costituendo la contropartita della sua irresponsabilità politica, mentre in quelli repubblicani si possono individuare due ipotesi: nella prima, la controfirma<sup>94</sup> è prevista per tutti gli atti del Presidente, potendo essere esclusa solo per quelli a carattere personale - come le dimissioni - (Italia, Irlanda, Austria, Islanda); in tale ipotesi possono farsi rientrare anche gli ordinamenti che non prevedono la controfirma per atti rilevanti (nomina del Primo Ministro e scioglimento del Parlamento), ma ne subordinano il compimento a condizioni e procedure vincolanti (Germania e Grecia).

Nella seconda ipotesi, invece, la controfirma non è prevista (Francia, Portogallo, Montenegro, Bulgaria, Romania, Ungheria, Serbia) o viene esplicitamente esclusa la proposta del Governo (Finlandia) per atti di significativa importanza, che così si configurano come atti del Capo dello Stato.

In Italia fra gli atti non soggetti a controfirma ha acquisito una significativa importanza il potere cosiddetto di *esternazione* (c.d. *moral suasion*)<sup>95</sup>, consistente in messaggi orali, discorsi conferenze stampa,

<sup>94</sup> Sul punto, *ex multis*, cfr. i sempre interessanti spunti di riflessione presenti in ESPOSITO C., *Capo dello Stato e controfirma*, Milano, 1962.

<sup>95</sup> MOTZO G., *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, IV serie, XXI, 1957, p. 70 ss.; ZAGREBELSKY G., *Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica*, in *Corriere giuridico*, n. 7, 1991, p. 710.

grazie alle quali il Presidente rende manifesto il proprio pensiero: questa attività, divenuta sempre più rilevante grazie allo sviluppo dei mezzi di comunicazione di massa, non può però ritenersi libera e deve sempre essere valutata rapportandola al ruolo ed all'insieme di competenze riservate al Capo dello Stato.

Molte costituzioni continuano a proclamare il principio tradizionalmente monarchico della irresponsabilità<sup>96</sup> del Capo dello Stato per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, eppure questo assunto va sempre interpretato tenendo in debita considerazione l'evoluzione della forma di Stato e, soprattutto, la natura della forma di governo.

Negli ordinamenti democratici però risulta insostenibile che il Capo dello Stato non risponda dei suoi atti anche quando questi ultimi acquistano carattere sostanziale.

Ne consegue che vada operata una opportuna differenziazione fra Capi di Stato monarchici e repubblicani: per i primi deve essere individuata una irresponsabilità personale, assoluta e permanente, anche se negli stati democratici l'irresponsabilità del Re non discende dalla sovranità attribuita alla regia figura, quanto nel fatto che i poteri di cui sono titolari su di un piano formale, spettino invece ad altri soggetti sul piano sostanziale.

Invece per i Presidenti della Repubblica si deve ben considerare a quale tipo di responsabilità questi siano sottoposti nei diversi ordinamenti e, in tal senso, va anzitutto distinta la responsabilità giuridica da quella politica: se la prima si ha quando un comportamento è valutabile in base a criteri normativamente predeterminati e sanzionabili giuridicamente, la responsabilità politica si configura quando il comportamento di un soggetto viene ad essere valutato secondo criteri di opportunità non predeterminati e a cui è comminata una sanzione di tipo politico (come, ad esempio, la rimozione dalla carica)<sup>97</sup>.

<sup>96</sup> CAVINO M., *L'irresponsabilità del Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Milano, 2008.

<sup>97</sup> DIMORA F., *Alla ricerca della responsabilità del Capo dello Stato*, Milano, 1991, p. 246; FIORILLO M., *Il Capo dello Stato*, Roma Bari Laterza 2002; PIGNATELLI N., *La responsabilità politica del Presidente della Repubblica tra valore storico e "inattualità" costituzionale della controfirma ministeriale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

Negli ordinamenti democratici al Capo dello Stato è attribuita una responsabilità politica diffusa, vale a dire che esso è sottoposto ad una critica liberamente espressa da parte dei cittadini, dei soggetti sociali e politici e dell'opinione pubblica, laddove l'unico limite a tale critica è rappresentato dal fatto che vada posta in essere con forme e contenuti tali da salvaguardare l'onore e la dignità della carica<sup>98</sup>.

Soltanto i Presidenti sono soggetti ad una responsabilità politica a carattere istituzionale, che può essere fatta valere dal titolare del potere di elezione al termine del mandato mediante la non rielezione: questo tipo di responsabilità è configurabile in particolare nella forma di governo presidenziale - in cui il mandato è di breve durata ed è prevista la rieleggibilità - ed in quelle semipresidenziali - nelle quali il Presidente abbia svolto un ruolo politico ed abbia ripresentato la propria candidatura, come accaduto in Francia per Giscard d'Estaing e Sarkozy, non rieletti nel 1981 e nel 2012.

Infine, nelle forme di governo nelle quali il Presidente non partecipa all'indirizzo politico, la responsabilità allo scadere del mandato è piuttosto evanescente, in particolare per la difficoltà di interpretare l'elezione di un nuovo Presidente come giudizio a carattere negativo da attribuire a quello uscente, soprattutto se quest'ultimo non è rieleggibile oppure si è consolidato costituzionalmente il principio secondo cui è esclusa la rielezione per un secondo mandato, come accaduto in Italia.

Alla luce di quanto ricostruito complessivamente nelle pagine precedenti ed avendo particolare riferimento all'esperienza italiana, si può affermare con sicurezza che l'analisi del ruolo e delle prerogative del Capo dello Stato nella stagione monarchica assume notevole importanza poiché, nei diversi Paesi, permette di “*esplorare*” opportunamente i contesti giuridici ed istituzionali, nell'ambito dei quali si sono sviluppate e consolidate le norme e le prassi tuttora in vigore, e perché, peculiarmente nell'evoluzione italiana, evidenzia due processi che, pur operando in direzioni in apparenza contrapposte, hanno caratterizzato una parte essenziale del nostro sistema costituzionale.

---

<sup>98</sup> Sul concetto di responsabilità politica diffusa, v. per tutti, RESCIGNO G.U., *La responsabilità politica*, Milano, 1967; VENN DICEY A., *Lectures on the relation between Law and Public Opinion in England during the 19th century*, New Brunswick, 1981.

Questi due processi sono rappresentati, da un lato, da effettive linee di continuità e consonanze tra l'ordinamento attuale e quello monarchico, rinvenibili nelle prerogative del Capo dello Stato nella forma di governo, dall'altro, da concrete dissonanze relative al suo ruolo nella forma di Stato.

In ordine alle consonanze, va osservato come il Capo dello Stato in Italia mantenga un "*quid*" di affinità che è rinvenibile tanto in specifiche disposizioni normative, quanto nelle attribuzioni previste dalla Costituzione, ma, soprattutto, nel ruolo rivestito dall'organo nell'ambito dei rapporti con il potere legislativo e quello esecutivo, dunque con il parlamento e con il governo.

D'altro canto, l'evoluzione del Capo dello Stato dall'ordinamento monarchico a quello repubblicano permette di riscontrare una notevole discontinuità, per quel che attiene alla forma di Stato ed alla sovranità, avutasi con il dissolversi della figura del Sovrano "*per grazia divina*".

Difatti, dal 2 giugno 1946, in Italia, nonostante l'espressione sia stata formalmente conservata nella Costituzione (all'art. 1, co. 2), nessuno può dirsi, né in senso giuridico né in quello politico, "*Sovrano*"<sup>99</sup>: neanche il popolo, che in effetti resta soggetto alle regole costituzionali; persino il potere costituente non può ritenersi *stricto sensu* tale, poiché risulta comunque condizionato e limitato da procedure espressamente previste in più di un articolo della nostra Carta fondamentale.

È prevalsa la coscienza per cui nessuna persona e nessuna istituzione sia più *legibus soluta*, una coscienza nella quale risiede la vera anima legittimante di ogni ordinamento costituzionale.

Ciò nondimeno, la collocazione del nostro Capo dello Stato al vertice della tradizionale tripartizione dei poteri dello Stato, nonché le attribuzioni presidenziali, soprattutto quelle relative ai casi particolari, rappresentano qualcosa di più di pallidi bagliori assolutistici scovati da intramontabili nostalgici monarchici.

---

<sup>99</sup> MATTEUCCI N., voce *Sovranità*, in BOBBIO N., MATTEUCCI N., PASQUINO G., *Dizionario di politica*, Torino, 1976; SILVESTRI G., *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, p. 3 ss.; IRTI N., *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Diritto e Società*, 3-4, 2009, p. 465 ss.

La formula italiana, di chiara connotazione dualistica, prevede un Presidente che rappresenta la Nazione ed un Parlamento cuore del potere reale: si tratta di un modello che somiglia moltissimo a quello della monarchia costituzionale, in cui, a ben vedere, il nostro Presidente è però dotato di poteri maggiori rispetto al Re.

Ebbene, l'Italia dopo l'avvento della Costituzione, pur lasciandosi alle spalle la monarchia, non ne superò lo schema portante, riproducendolo nella formula della Repubblica<sup>100</sup> e, cosa non singolare, è proprio quel Capo dello Stato che si suole intendere come mero simbolo ad uscirne rafforzato, perché i suoi poteri pesano e la sua legittimazione è solida, così come ne esce rafforzato il Parlamento, perché nulla può essere fatto senza il consenso del potere legislativo.

Sovvertendo l'ordine per come si era configurato durante il ventennio fascista, dopo i lavori della Assemblea Costituente fu il Governo a risultare come l'istituzione debole: instabile, privo di diretta legittimazione popolare e sottoposto ai marosi parlamentari.

Il compromesso costituzionale si orientò a non ritenere prevalente la governabilità, preferendo privilegiare invece l'assemblearità. Combinandosi i due elementi, la centralità del Parlamento e i poteri presidenziali, ne venne fuori un governo non solo debole, ma in un certo senso "sotto tutela" del potere del Quirinale.

Il primo a rendersene conto, e a farne le spese, fu Alcide De Gasperi, che pur detentore di una solidissima maggioranza parlamentare sperimentò presto l'impotenza governativa.

Nell'esperienza dello Statuto non era più la *persona-Re* che doveva comportarsi al di fuori e al di sopra di tutti i partiti, ma era proprio questa posizione *super partes*, questo essere imparziale e garante, che diveniva una delle più importanti caratteristiche della *corona-istituzione*: il Re, costituendo il punto di intersezione di tutti i poteri, dacché vi partecipava formalmente senza però controllarli effettivamente, in modo naturale risultava un garante della corretta applicazione dello Statuto ed il depositario dei suoi valori; è proprio per svolgere questo

---

<sup>100</sup> ALLEGRETTI U., *Forme costituzionali della storia unitaria: Monarchia e Repubblica*, in *Rivista AIC*, 2/2012; PERINI M., *Il capo dello stato dall'Italia liberale al fascismo: il re (non) è nudo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 13/2013, p. 621 ss.

ruolo che egli doveva occupare una posizione *super partes*, in quanto supremo rappresentante di tutta la Nazione<sup>101</sup>.

La monarchia in quel modo diveniva garante di uno Statuto che era reinterpretato come Costituzione a tutti gli effetti, nel solco del costituzionalismo liberale, e riconducendo così l'Italia al modello borghese di riferimento di quel tempo.

Sebbene il fascismo abbia, in seguito, assestato un duro colpo ai poteri ed al ruolo del Capo dello Stato, più ancora di quanto non avessero fatto il Parlamento ed il Governo nel precedente regime liberale, il Re, durante il ventennio, sembrava conservare un'effettiva sovranità: egli, del tutto irresponsabile, era formalmente titolare di ampi poteri, concretamente esercitati quando la situazione lo avesse permesso.

Nello Stato monarchico fascista sembrava residuare ancora un accento di assolutismo, lo stesso forse mai compiutamente abbandonato neppure nello Stato liberale italiano (a seguito dello Statuto concesso), legato alla sopravvivenza di una Sovranità che si manifestava, dilatandosi, nella capacità del re di riappropriarsi, quando le condizioni lo avessero consentito, della pienezza dei poteri dello Stato<sup>102</sup>.

Analogie, quelle legate al Sovrano dell'Italia liberale e a quello dell'epoca fascista, che testimoniano come l'istituzione presidenziale del nostro paese, frutto della politica ma collocata al di sopra di essa, titolare di un potere reale e non cerimoniale, potenzialmente capace di espandersi o ritirarsi e, in questo modo, potendo funzionare perfettamente da meccanismo di compensazione e da stimolo, rechi ancora con sé rilevanti elementi della tradizione monarchica italiana.

<sup>101</sup> MARANINI G., *Storia del potere in Italia, 1848-1967*, Firenze, 1968; COLOMBO P., *Il re d'Italia: prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)*, Milano, 1999; GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia 1848/1994*, Bari-Roma, 2003; FIORAVANTI M., *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in FIORAVANTI M., *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009.

<sup>102</sup> MENOTTI DE FRANCESCO G., *Il Governo Fascista nella classificazione delle forme di governo*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. I, p. 473 ss.; MANCINI L. E., *La monarchia fascista. Sindrome diarchica e conquista del vertice militare*, in *Giornale di storia costituzionale*, 9, 2005, p. 189 ss.; QUAGLIA F., *Il re dell'Italia fascista. Forma di governo e costituzione nel regime dittatoriale*, Roma, 2008; COLOMBO P., *La monarchia fascista 1922-1940*, Bologna, 2010.

Non è un caso che un autorevole costituzionalista come Livio Paladin, presidente della Corte Costituzionale, abbia definito il Presidente della Repubblica *“la più enigmatica e sfaccettata fra le cariche pubbliche previste dalla Costituzione”*.

### 13. Alcune conclusioni: nella “Regalità” l’attualità della Monarchia

L’attualità della formula monarchica va ricercata quindi nelle sue caratteristiche, nei suoi elementi e nelle sue funzioni, che ne fanno una forma di governo peculiare ma pur sempre attuale.

Tali peculiarità consentono alla monarchia, quale *“governo di uno solo”*, di combinarsi con elementi istituzionali e principi costituzionali all’apparenza opposti e antitetici, dando vita a forme di governo completamente innovative (monarchia costituzionale, monarchia parlamentare) storicamente funzionali allo Stato, nonché diretto riflesso della storia e tradizione di un paese.

Attraverso l’analisi scientifica degli elementi caratteristici è possibile quindi tracciare un percorso di analisi unico e onnicomprensivo di tutte le varie e molteplici tipologie di monarchia attualmente in vita.

Evidenziarne l’attualità rappresenta pertanto non solo un atto di opportunità scientifica, ma al tempo stesso una presa d’atto dello studioso di diritto pubblico rispetto al rilievo giuridico che essa assume in tanti contesti statali europei e mondiali.

Ometterla o, comunque, considerarla obsoleta rappresenta, invece, una scelta paradossalmente *“anacronistica”*, laddove l’attualità della stessa forma di governo è testimoniata dalla sua esistenza in contesti statali certamente evoluti dal punto di vista politico-istituzionale (si pensi alle monarchie europee).

Eppertanto, la monarchia rappresenta tanto altro rispetto a quella *“concentrazione del potere nelle mani di un uomo soltanto”* che suona semplicisticamente come una definizione meramente scolastica.

Viviamo in tempi nei quali si avverte una profonda crisi che dilania il nostro mondo per mezzo di un materialismo generale, della prevalenza di bassi interessi, del regime delle masse, della tecnocrazia e del consumismo sfrenato.

Ebbene è in tempi come questi in cui si può avvertire più distintamente l’essenza vera che risiede nella monarchia.

Difatti, dinanzi ad un tale contesto di impoverimento generale nell'animo si alimenta la necessità di rinvenire un centro, un polo, che sia stabile poiché ha un proprio principio in sé stesso, che non abbia un carattere derivato.

Il riconoscimento di una simile necessità sensibilizza l'animo delle persone sino a che le loro coscienze riconoscono il senso più "puro" e "trascendente" della istituzione monarchica: la "Regalità".

Se la "Regalità" viene ad essere colta profondamente nella istituzione monarchica, questa diviene un sentire sempre attuale, che non può essere obliterato da nulla.

La "Regalità" rappresenta lo Spirito, l'animo, la trascendenza, in cui il Re unisce il popolo: attraverso l'esempio del suo Re, il Popolo nutre orgoglio per la propria Storia, non lesina il sacrificio, si magnifica per dignificazione, si eleva e, soprattutto, si coagula riconoscendo una propria Identità.

E perché possa permettere al Popolo di elevarsi, v'è bisogno che il Re sia "elevato", ovverosia si trovi in una posizione che "naturalmente sia elevata": perciò egli possiede quel "pathos della distanza"<sup>103</sup> che solo gli assicura la dignità ed il prestigio del simbolo che rappresenta.

Pur attualizzandosi, la monarchia, come forma di governo, perdura, perché si riconosce in concetti come onore, fedeltà, devozione, responsabilità, abnegazione, concretandosi cioè "ontologicamente" in ciò che essa stessa infonde.

Conseguentemente l'istituzione monarchica resta, per così dire, prigioniera del suo stesso ruolo identitario: essa non può sbagliare perché altrimenti perderà quella legittimazione ideale che le viene riconosciuta.

Dunque, se la Monarchia è qualcosa di diverso da una mera decorazione, da un orpello aggiuntivo, e se realmente si accetta nell'animo l'essenza vera di questa nobile "Idea", allora è facile comprendere come essa abbia attraversato, sostanzialmente indenne nel suo nucleo essenziale, i marosi del tempo e permanga ancora salda in molti paesi che vengono additati spesso quali campioni dei valori supremi di libertà e democrazia.

---

<sup>103</sup> NIETZSCHE F., *Al di là del bene e del male*, Milano, 1968; PADOVANI U.A., *Grande Antologia Filosofica*, Milano, 1976, XXV, pp. 334-335.

Ciò detto, è possibile ipotizzare *de iure de condendo* futuri scenari evolutivi della formula monarchica?

Chi scrive ne è profondamente convinto e, ad un tempo, consapevole che ciò comporterebbe l'operare una vera e propria “contro-rivoluzione” monarchica, che abbia lo scopo di rinnovare profondamente le istituzioni.

Anzitutto andrebbe corretta la celebre formula “*il Re regna ma non governa*” in quella più opportuna “*il Re regna e governa*”: quello del Monarca non è solo un potere regolatore, di moderatore, di mero arbitro tra forze politiche, il Re è anche titolare di un potere di ultima istanza, con finalità essenziale di grazia e, soprattutto, “*riequilibrio*” del sistema istituzionale in caso di devianza.

Conseguentemente, Egli “può” e “deve” esercitare tale potere ogni volta che sia necessario, quando il sistema è in condizioni che richiedano il suo intervento.

Egli deve agire “*fin qui e non oltre*”, come un potere superiore che per essere rimasto latente ed inattivo nelle condizioni normali, non per questo cessa di costituire il centro del proprio sistema istituzionale<sup>104</sup>.

Supremo punto di riferimento verso cui indirizzare lealismo ed onore, il Re dovrebbe essere il modello rispetto al quale devono mutare i meccanismi di rappresentanza: secondo un sistema di rappresentanza organica (Stato parlamentare caratterizzato dal bicameralismo), la Camera Bassa dovrebbe assumere quel carattere Corporativo – nel più vasto senso di consesso di tutti i rappresentanti professionali con funzioni prevalentemente consultive – che le consentirebbe di andare oltre ogni divisione antagonistica delle forze nazionali ed altresì dovrebbe seguire l'imperativo di abbandonare definitivamente le logiche partitiche; mentre la Camera Alta, l'istituzione più vicina al Re, sopra ogni cosa dovrebbe significare onore e lealtà, abbandonando definitivamente la natura di inutile doppione della Camera Bassa e, custode di valori ed interessi superiori, divenire, per contro, il nucleo essenziale e centrale dello Stato, in grado di condeterminare la linea politica.

In questo modo si riporrebbe una testa “forte” sul corpo smisurato e disarmonico di uno Stato che per troppo tempo è stato debole e

---

<sup>104</sup> EVOLA J., *Significato e funzione della monarchia*, in LOEWENSTEIN K., VOLPE G., *La monarchia nello Stato moderno*, Roma, 1969.

disorganico, inoltre si darebbe senno al “gigante scatenato”<sup>105</sup> che è quella civiltà tecnologica e dei consumi che oggi procede ad alta velocità senza guida né criterio.

A ben vedere il destino della istituzione monarchica dipende da quello della civiltà, cioè dalla sensibilità e dal senso di riconoscimento insito nell'animo del popolo che, dal basso, democraticamente può attualizzare la Monarchia nel suo senso trascendente e più sentito; un senso di cui, forse, l'uomo come “animale sociale” non può fare veramente a meno.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AJA E., *El Estado autonomico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, 2003; ALDER J., *Constitutional and Administrative Law*, London, 1989; ALLEGRETTI U., *Forme costituzionali della storia unitaria: Monarchia e Repubblica*, in *Rivista AIC* 2/2012; ALZAGA O., *Comentarios a las Leyes Politicas*, Madrid, 1989; ALVAREZ CONDE E., *El regimen politico espanol*, Madrid, 1990; AQUARONE A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, 1965; ARNO SEBASTIANI F., *La prerogative reale della nomina del Primo Ministro nella Costituzione inglese*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1974; ASTUTO G., *L'amministrazione italiana. Dal centralismo napoleonico al federalismo amministrativo*, Roma, 2009; BAGEHOT W., *The English Constitution*, London, 1961; BALDASSARRE A., *Il Capo dello Stato*, in AMATO G., BARBERA A., *Manuale di diritto pubblico*, II. *L'organizzazione costituzionale*, Bologna, 1997; BALDASSARRE A., MEZZANOTTE C., *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Roma-Bari, 1985; BALDIN S., ANTONINI L., *La ripartizione delle competenze nell'ordinamento federale belga alla luce del principio di sussidiarietà*, in RINELLA A., SCARCIGLIA R., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999; BARCENDON A., *El Presidente del Gobierno en Espana. Encuadre consitucional y practica politica*, Madrid, 1983; CENDON A., *El Gobierno y la funcion de Gobierno en la Constitucion espanola de 1978*, in *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universidad de Palma de Mallorca 1984; BARTHOLOMEE V., *L'asimmetria*, in DELPEREE F., *L'ordinamento federale belga*, Torino, 1996; BENEMY F.W.G., *The Elected Monarch. The Development of the Power of the Prime Minister*, London, 1965; BEHRENDT C., *La possible modification de la procédure de révision de la Constitution belge*, in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 54, 2, 2003; BERTOLINO C.,

<sup>105</sup> SOMBART W., *Lusso e capitalismo*, Milano, 1988.

*Stato, comunità e Regioni in Belgio*, in *Amministrare*, 2004; BISCARETTI DI RUFFIA P., *Il “partito unico” negli ordinamenti costituzionali della nuova Europa*, in *Jus*, 1942; BISCARETTI DI RUFFIA P., *Lo Stato democratico e la sua antitesi contemporanea: lo Stato autoritario*, in *Annali Seminario Giuridico Univ. Catania*, 1947; BISCARETTI DI RUFFIA P., voce *Monarchia*, in *Noviss. Digesto Ital.*, X, Torino, 1957; BISCARETTI DI RUFFIA P., *Alcune osservazioni sul concetto politico e sul concetto giuridico della dittatura*, in *Arch. dir. pubblico*, 1936; BISCARETTI DI RUFFIA P., voce *Dittatura*, in *Noviss. Digesto Ital.*, VI, Torino, 1959; BISCARETTI DI RUFFIA P., *Le “Forme di Stato” e le “Forme di Governo” – Le Costituzioni moderne*, in BISCARETTI DI RUFFIA P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1988; BODIN J., *Six livres de la République*, Paris, 1577; BOGDANOR V., *The Monarchy and the Constitution*, Oxford, 1999; BUTLER D.E., *The Electoral System in Britain since 1918*, London, 1963; CAPO GIOL J., *El debate sobre al bicameralismo: la Camera de representacion territorial*, in *Parlamento y Sociedad Civil*, Barcelona, 1980; CARNEVALE P., *Il Parlamento*, in MODUGNO F., *Diritto pubblico*, Torino, 2012; SICLARI M., *Il Presidente della Repubblica*, in MODUGNO F., *Diritto pubblico*, Torino, 2012; CASSANDRO G., voce *Monarchia*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVI, Milano, 1976; CASTLES F., WILDENMAN R., *Visions and Realities of Party Government*, London, 1986; CAVINO M., *L’irresponsabilità del Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Milano, 2008; CHESTER D.H., *Who Governs Britain?*, in *Parliamentary Affairs*, 1962; CIANO G., *Diario 1937-1943*, Bologna, 1948; COLOMBO P., *Il re d’Italia: prerogative costituzionali e potere politico della Corona (1848-1922)*, Milano, 1999; COLOMBO P., *La monarchia fascista 1922-1940*, Bologna, 2010; CIRIA A., *El “nuevo” partido unico*, in *Revista del Inst. de Ciencias Sociales*, Barcelona, 1966; CROCCO D., *Momenti fondamentali della disputa autonomista e decentratrice nel pensiero politico italiano*, in CROCCO D., *Dal regionalismo dell’unitarietà al regionalismo differenziato. Percorsi di diritto e politica regionale*, Napoli, 2019; DE FRANCHIS F., *Introduzione a Dizionario giuridico*, I, Milano, 1984; DE MATTEI R., voce *Assolutismo*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1958; DE VALLES A., *De l’incapacité des Constituantes à élaborer des Constitutions viables*, in *Politique*, 1959 (trad. it., in *Il politico*, 1961); DE VERGOTTINI G., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1991; DEMICHEL A. e F., *Les dictatures européennes*, Paris, 1973; DIAZ E., *La Transición a la Democracia*, Madrid, 1987; DE VERGOTTINI G., *L’organizzazione dell’opposizione in Gran Bretagna. In margine alla nomina del nuovo leader del partito conservatore*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 26, 1974; DIMORA F., *Alla ricerca della responsabilità del Capo dello Stato*, Milano, 1991; DOMENICHELLI L., *Federalismo e recenti sviluppi della forma di governo in Belgio*, in *Il Politico*, 2, 1995; DRUCKER H.M., *Two-Party Politics in the United Kingdom*, in *Parliamentary Affairs*, 1978-1979; DUVERGER M., *De la dictature*, Paris, 1961; SARTORI G.,

voce *Dittatura*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964; ERGEC R., *Quelques observations sur le "gouvernement de legislature"*, in AA. VV., *La Constitution federale du 5 mai 1993*, Bruxelles, 1993; ESPOSITO C., *Capo dello Stato e controfirma*, Milano, 1962; EVOLA J., *Significato e funzione della monarchia*, in LOEWENSTEIN K., VOLPE G., *La monarchia nello Stato moderno*, Roma, 1969; FEDERZONI L., *Italia di ieri per la storia di domani*, Milano 1967; FERNANDEZ SEGADO F., *El bicameralismo y la naturaleza del Senado*, in *Revista Española de Derecho constitucional*, 6, 1982; FERRANDO BADIA J., *El Estado Unitario, el Federal y el Autonomico*, Madrid, 1986; FIORAVANTI M., *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in FIORAVANTI M., *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009; FIORILLO M., *Il Capo dello Stato*, Roma-Bari, 2002; GALEOTTI S., *La posizione costituzionale del presidente della repubblica*, Milano, 1949; GARCIA HERRERA M.A., *La Coordinacion del Presidente del Gobierno*, in AA. VV., *El Gobierno en la Constitucion espanola y en los Estatutos de Autonomia*, Barcelona, 1985; GHISALBERTI C., *Storia costituzionale d'Italia 1848/1994*, Bari-Roma, 2003; GILISSEN J., *Le régime représentatif en Belgique depuis 1790*, Bruxelles, 1958; GONZALES HERNANDES J.C., *El nombramiento del Presidente del Gobierno en la Constitución española de 1978*, in *Revista de politica comparada*, n. 2, 1980; GONZALEZ CASANOVA J.A., *Nacionalidades y Autonomias*, in *Revista de Occidente*, n. 45, 1985; GORDON WALKER P., *The Cabinet*, London, 1972; GORS B., *Les Parlements de Communauté et de région: une nouvelle dénomination constitutionnelle*, in *Revue belge de droit constitutionnel*, n. 1, 2005; GUARINO G., *Il presidente della repubblica italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951; GUIGLIA G., *La forma di governo parlamentare belga: tradizione e rinnovamento a confronto*, in DELPEREE F., *L'ordinamento federale belga*, Torino, 1996; HENKE W., *Der Staat*, 1968; VANOSSI J.R., *Teoria constitucional: I, Teoria constituyente*, Buenos Aires, 1975; HINTON R.K., *The Prime Minister as an Elected Monarch*, in *Parliamentary Affairs*, 1960; IRTI N., *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in *Diritto e Società*, 3-4, 2009; LABRIOLA S., *Storia della Costituzione Italiana*, Napoli, 1995; LE GOFF J., *Tra usurpazione e legittimità*, in LE GOFF J., *Il Re medievale*, Firenze, 2012, 21 ss.; LEVY-BRUHL L., *Parti unique*, in *Rev. Intern. Histoire polit. et constitutionnelle*, 1952; LOEWENSTEIN K., *Die Monarchie im modernen Staat*, Frankfurt, 1952; LOPEZ AGUILAR J.F., *Lo Stato 'autonomico' spagnolo. Stato composto asimmetrico e fatti differenziali nella Costituzione spagnola del 1978*, Padova 1999; LUCAS MURILLO P., *La organizacion de los poderes publicos en la constitucion espanola de 1978. La Corona*, in DE BLAS GUERRERO A., *Introduccion al sistema constitucional espanol*, Barcelona, 1982; LUCAS VERDU P., *La Corona y la transformacion politico-social espanola*, in A.A. VV., *La Corona y la Monarquia parlamentaria en la Constitucion espanola de 1978*, Madrid, 1983; LUCIFREDI P.G., *Appunti di Diritto costituzionale*

*comparato*, 2 - *Il Sistema Britannico*, Milano 1992; MALNATI F., *La grande frode. Come l'Italia fu fatta Repubblica*, Bari, 1998; MANCINI L. E., *La monarchia fascista. Sindrome diarchica e conquista del vertice militare*, in *Giornale di storia costituzionale*, 9, 2005; MANOILESCU M., *Le parti unique*, Paris, 1937; ESPOSITO C., *Lo Stato fascista*, in *Jus*, 1940; MARANINI G., *Storia del potere in Italia, 1848-1967*, Firenze, 1968; MARONGIU A., *Storia del diritto pubblico. Principi e istituti di governo in Italia della metà del XI alla metà del XIX secolo*, Milano, 1956; MATTEUCCI N., voce *Sovranità*, in BOBBIO N., MATTEUCCI N., PASQUINO G., *Dizionario di politica*, Torino, 1976; MEERSCHAUT F., ALEN A., *Le bicameralisme belge, de la voie unitaire a la voie federale*, in *Administration publique*, n. 2-3, 1990; MENENDEZ REXACH A., *La jefatura del Estado en el derecho publico espanol*, Alcalá de Henares, 1979; MENOTTI DE FRANCESCO G., *Il Governo Fascista nella classificazione delle forme di governo*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, I; MIRKINE-GUETZÉVITCH B., *Droit constitutionnel international*, Paris, 1933; MOLA A., *Mussolini a pieni voti? Da Facta al Duce. Inediti sulla crisi del 1922*, Torino, 2012; MOLA A., *Declino e crollo della Monarchia in Italia*, Milano, 2008; MOLITOR A., *La fonction royal en Belgique*, Bruxelles, 1979; MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2012; MORLINO L., *Dalla democrazia all'autoritarismo. Il caso spagnolo in prospettiva comparata*, Bologna, 1981; MORODO R., *La transición política*, Madrid, 1984; MORTATI C., *La Costituente (la teoria, la storia, il problema italiano)*, Roma, 1945; MORTATI C., *Appunti sulla fonte del potere costituente*, in *Rass. dir. pubblico*, 1946, I; MOSCHELLA G., *Considerazioni minime sull'organizzazione dei poteri e la distribuzione delle competenze nell'originale esperienza belga*, in GAMBINO S., *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze. Esperienze straniere e tendenze attuali*, Rimini, 1998; MOTZO G., *Il potere presidenziale di esternazione e di messaggio*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, IV serie, XXI, 1957; NAIRN T., *The Enchanted Glass: Britain and Its Monarchy*, London, 1988; NIETZSCHE F., *Al di là del bene e del male*, Milano, 1968; PADOVANI U.A., *Grande Antologia Filosofica*, Milano, 1976, XXV; ORTINO S., *Diritto costituzionale: storia ordinamenti teoria*, Firenze, 1985; OSTI L., voce *Monarchia*, in *Nuovo Digesto Italiano*, VIII, Torino, 1939; PELLIZZONE I., *Il peso specifico della prassi nella configurazione delle attribuzioni presidenziali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2013; PEREZ ROYO J., *Reflexiones sobre la contribucion de la jurisprudencia constitucional a la construccion del Estado Autonomico*, in *Revista de Estudios Políticos*, n. 49, 1986; PERINI M., *Il capo dello stato dall'Italia liberale al fascismo: il re (non) è nudo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 13/2013; PERTICONE G., *Il regime parlamentare nella storia dello statuto albertino*, Roma, 1960; PIAGENTINI R., *Il referendum del 1946 ovvero "La Grande Frode"*, Foggia, 1998; PIERANDREI F., *La Corte Costituzionale e le "modificazioni tacite" della costituzione*, 1951(ora in

*Scritti di diritto costituzionale*, Torino, I, 1965); PIGNATELLI N., *La responsabilità politica del Presidente della Repubblica tra valore storico e “inattualità” costituzionale della controfirma ministeriale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) ; PIZZORUSSO A., *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1988; PREDIERI A., *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980; QUAGLIA F., *Il re dell'Italia fascista. Forma di governo e costituzione nel regime dittatoriale*, Roma, 2008; RANDALL F., *British Government and Politics*, London, 1984; RANELLETTI O., *Gli Stati europei a partito unico*, Milano, 1936; RESCIGNO G.U., *La responsabilità politica*, Milano, 1967; RESCIGNO G.U., *Il Presidente della Repubblica, capo dello Stato*, in *Politica del diritto*, 2010; RICHARDS S.G., *Introduction to British Government*, London, 1984; ROSE R., *British Government; The Job at the Top*, in ROSE R., SULEIMAN E.N., *Presidents and Prime Ministers*, Washington, 1980; ROSSI L., *La “elasticità” dello statuto italiano*, *Studi per Romano*, Padova, I, 1940; ROSSI L., voce *Re*, in *Nuovo Digesto Italiano*, X, Torino, 1939; RUIZ RICO J.J., *La Corona*, in CAZORLA J., RUIZ RICO J.J., *Derechos, Instituciones y Poderes en la Constitución de 1978*, Granada, 1983; RUSSO A., *Selezione del Leader e nomina del Premier in Gran Bretagna*, in *Diritto e Società*, 1984; SANCHEZ AGESTA L., *La estructura y funcionamiento del Gobierno en España; una aproximación analítica*, in AA.VV., *El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, 1985; SCHMITT C., *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984; SERRANO ALBERCA J.M., *Las relaciones entre Camaras*, in *Revista de Derecho Público*, n. 103, 1986; SILVESTRI G., *La parabola della sovranità. Ascesa declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996; SIRIANNI G., *La ricerca scientifica [dir. cost.]*, in *Diritto online - Enciclopedia Treccani*, 2019; SOLE TOURA J., *Il caso spagnolo: dal centralismo a un sistema pluralista*, in *Democrazia e Diritto*, n. 3-4, 1985; SOMBART W., *Lusso e capitalismo*, Milano, 1988; SPERONI G., *Umberto II e il dramma segreto dell'ultimo Re*, Milano, 2004; STENGERS J., *L'action du Roi en Belgique depuis 1831: pouvoir et influence*, Bruxelles, 2008; STUMBERGER H., *I caratteri dello Stato assoluto*, in MATTIONI A., FARDELLA F., *Teoria generale dello Stato e della Costituzione*, Torino, 2009; SUNKIN M., PAYNE S., *The Nature of the Crown: A legal and Political Analysis*, Oxford, 1999; TILLY CH., *La formazione dello stato in occidente e le teorie della trasformazione politica*, in TILLY CH., *La formazione degli stati nazionali nell'Europa occidentale*, Bologna, 1984; TORRES DEL MORAL A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1985; UYTENDAELE M., *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, 2005; VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, Milano, 1980; VENN DICEY A., *Lectures on the relation between Law and Public Opinion in England during the 19th century*, New Brunswick, 1981; VERDUSSEN M., *Il federalismo asimmetrico in Belgio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2007; VILE M.J.C., *Constitutionalism, and the Separation of Powers*, Oxford, 1967; VOLPI M., *La classificazione delle forme di*

*governo*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto Pubblico Comparato*, Torino 2012; VOLPI M., *Organizzazione dello Stato e organi costituzionali – il Capo dello Stato*, in MORBIDELLI G., PEGORARO L., REPOSO A., VOLPI M., *Diritto Pubblico Comparato*, Torino 2012; WALEFFE B., “*Le Roi nomme et revoke ses ministres*”. *La formation et la demission des gouvernements en Belgique depuis 1944*, Bruxelles, 1979; WALLIS M., *British and American systems of Government*, London, 1988; YARDLEY D.C.M., *Introduction to British Constitutional Law*, London 1990; ZAGREBELSKY G., *Il potere di esternazione del Presidente della Repubblica*, in *Corriere giuridico*, n. 7, 1991; ZANGARA V., *Il partito e lo Stato*, Catania, 1935; ZANNINI R., *Il caso belga*, in LABRIOLA S., *Il decentramento politico negli stati dell'Unione Europea*, Rimini, 1997.

#### ABSTRACT

Il presente contributo si prefigge di comprendere il fondamento “moderno” e i possibili scenari evolutivi dell’istituto monarchico tra piena sussistenza e trasfigurazioni repubblicane, le radici della formula monarchica, le caratterizzazioni della forma assoluta e le progressive evoluzioni, che hanno inciso sulla monarchia assoluta nel passaggio a quella “costituzionale” e a quella “parlamentare”, nonché, di analizzare le refluenze e le differenziazioni con l’essenza stessa della Monarchia “moderna” e gli attenuati residui della stessa rimasti in Europa a seguito delle due guerre mondiali.

*The present contribution intends to understand the “modern” foundation and the possible evolutionary scenarios of the monarchical institution between full subsistence and republican transfigurations, the roots of the monarchical formula, the characterizations of the absolute form and the progressive evolutions which have affected the absolute monarchy in the passage to the “constitutional” and “parliamentary” forms, as well as to analyze the influences and the differentiations with the very essence of the “modern” Monarchy and the attenuated residues of the same which remained in Europe following the two world wars.*

ANGELINA CIRILLO \*

## PATRIMONIO CULTURALE DELLA CHIESA IN ITALIA: UN PROFILO STORICO-GIURIDICO

SOMMARIO: 1. L'idea di bene culturale. - 2. La normativa italiana. - 3. Chiesa e patrimonio culturale. - 4. L'attività post-conciliare. - 5. L'Intesa del 2005 e le regole successive. - 6. Gli episcopati regionali.

### 1. *L'idea di bene culturale*

La nozione di bene culturale, ormai d'uso comune, ha acquisito un impiego categoriale, che tende a privarla, nella comprensione di molti, della sua originaria valenza. Per i beni culturali ecclesiastici, in particolare, si devono intendere quei beni che servono alle finalità proprie della Chiesa nelle dimensioni dell'annuncio, del culto, del servizio e della organizzazione interna, facendosi di essa espressione nel corso del tempo. Tali beni, in pratica, non devono vedere come oggetti isolati in se stessi, bensì come un complesso unitario e coordinato proprio perché espressione dell'unità della Chiesa pur nella molteplicità delle funzioni e la diversità delle forme durante la sua storia; in tal senso essi rappresentano una delle più significative testimonianze della sua tradizione: nella loro evoluzione hanno dato voce, e continueranno a darla, alla dinamica vitalità del corpo ecclesiale in relazione con la cultura contemporanea, specie nell'ambito della liturgia.

In forza di questo dinamismo i beni in questione sono inscindibilmente correlati all'ambito territoriale genetico, la cui conoscenza rimane indispensabile per averne la migliore comprensione, considerando la loro natura di testimonianza del vissuto religioso della comunità locale: proprio questa molteplice valenza rende i beni culturali ecclesiastici oggetto di conservazione e insieme di continuità d'uso. E, invero, la coscienza del valore culturale dei beni facenti parte del patrimonio ecclesiale è cresciuta nel corso

---

\* Dottore di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno, assegnista presso l'Università degli Studi Napoli *Parthenope*.

del XX secolo, tanto che di essi si è ampiamente occupata la normazione civile e canonica, di cui si dirà appresso con particolare attenzione al contesto nazionale e agli orientamenti della Chiesa italiana.

Fu alla fine dell'Ottocento che in ambito nord-europeo, sviluppandosi una riflessione filosofica di carattere assiologico con la pretesa di fondare una gerarchia metafisica secondo la quale misurare i valori dell'esistenza umana, la riflessione etica, incentrata sul bene morale, si fuse con quella estetica, interessata invece al bene artistico. E sebbene nel corso del Novecento l'assiologia si sia poi indirizzata piuttosto verso ambiti formali propri delle scienze empiriche, come la matematica o l'economia, nelle sue origini il discorso umanistico fu ricco di conseguenze, e fondamentale fu l'apporto dei 'neokantisti' Wilhem Windelband (1848-1915) e Heinrich Rickert (1863-1936) della Scuola di Baden, e quello del filosofo cattolico Louis Lavelle (1883-1951).

Per Windelband, che riteneva la storia scienza dei valori e la filosofia scienza critica della storia, logica, etica ed estetica erano i tre campi propri della filosofia, da cui andava esclusa sia la metafisica, considerata come conoscenza dogmatica della realtà, sia la psicologia, ritenuta invece una mera componente empirica. Per Rickert, che subentrò a Windelband nell'insegnamento universitario a Friburgo e a Heidelberg, l'individuale assunto a oggetto delle scienze storiche doveva essere significativo perché scelto sulla base del 'valore' da esso espresso: i valori, lo storico si limita a riconoscerli, dal momento che essi non verrebbero prodotti dalla storia né si trasformerebbero con essa; i valori sussistono in sé, intangibili, preposti agli eventi, sono 'assoluti' e non 'storicizzati'. Di fronte al tragico crollo di valori che stava percorrendo l'Europa della belle époque, descritto com'è noto con drammatica acutezza da Friedrich Nietzsche, Windelband e Rickert opponevano resistenza, richiamandosi direttamente a quella tradizione metafisica che, da Platone in avanti, si era appellata ai valori del bello, del buono e del giusto; si trattava di un recupero metafisico che Lavelle, professore a Parigi, collocava nell'ambito di una filosofia dell'assoluto o ontologia, dove la coscienza può avere intuizione dell'essere nella esperienza dell'intimità spirituale in cui percepisce il valore degli oggetti esterni.

*«Vi sono oggetti» – scriveva Rickert all'inizio del secolo passato – «che hanno un valore insito in loro, che poi vengono chiamati essi stessi valori. Un'opera d'arte, per esempio, è una siffatta realtà oggettiva. Ma è facile vedere come il valore insito non è identico alla sua realtà. Tutto ciò che è reale in un quadro – la tela, i colori, la vernice – non fa parte dei valori legati a esso. Perciò chiameremo tali realtà-oggettive, legate ai valori, "beni", per distinguerle dai valori insiti in esse. I beni e le valutazioni non sono valori, bensì connessioni fra realtà e valori. I valori, perciò, non si trovano né nel mondo degli oggetti, né in quello dei soggetti; essi formano un mondo a sé stante al di là del soggetto e dell'oggetto. [...] Solo affrontando il rapporto fra valore e realtà si tratterà veramente il problema del mondo, e si potrà sperare di dare una Weltanschauung che sia più di una semplice spiegazione della realtà»<sup>1</sup>.*

Nei primi anni del Novecento, in uno slargamento degli orizzonti di partecipazione sociale, il bene culturale fu associato prevalentemente alla ricerca pedagogica e giuridica, intesa come diritto alla cultura delle persone. A parte la dimensione estetica del pensare umano, le opere d'arte continuarono a essere considerate, in specie all'interno delle 'griglie concettuali' strutturanti gli ordinamenti giuridici, esclusivamente sotto l'aspetto materiale-patrimoniale; nei paesi di più marcato nazionalismo, poi, il patrimonio venne ritenuto anche come elemento qualificativo di un'identità affermata attraverso la difesa, la rivendicazione e l'enfasi simbolica.

Il senso della protezione del 'patrimonio' fu sostenuto da una serie di convenzioni internazionali, cui aderirono gli Stati europei già dal finire del XIX secolo. Se però il primo moderno concetto di protezione dei monumenti storici e delle opere d'arte era stato delineato positivamente in tre diverse convenzioni concluse all'Aja nel 1899 e nel 1907<sup>2</sup>, fu solo nella Conferenza di Washington, con risoluzione 1595/3 del 6 febbraio 1922<sup>3</sup>, che venne istituita, anche in

<sup>1</sup> Vd. H. RICHERT, *Vom Begriff der Philosophie*, in *Logos I* (1910) 1, 10-11: qui *Sul concetto di filosofia*, in H. R., *Filosofia, valori, teoria della definizione*, tr. M. Signore, Lecce, 1987, 11-13.

<sup>2</sup> Cfr. Regolamento annesso alla IV Convenzione de L'Aja sulle leggi e sulle consuetudini della guerra terrestre; IX Convenzione de L'Aja, concernente il bombardamento da parte di forze navali in tempo di guerra, 18 ottobre 1907.

<sup>3</sup> Cfr. Trattato relativo alla protezione della vita dei neutri e dei non combattenti in mare in tempo di guerra e al divieto di impiego di gas e prodotti chimici nocivi, 6 febbraio 1922.

conseguenza dei gravi danni subiti dal patrimonio artistico di alcune importanti città europee nel corso del primo conflitto mondiale (tra le quali si devono senz'altro ricordare Venezia e Ravenna), una Commissione internazionale di giuristi allo scopo di fissare regole sulla condotta della guerra aerea.

Riunitasi all'Aja nello stesso 1922 e poi nel 1923, sotto la presidenza del delegato degli Stati Uniti d'America, la Commissione adottò un codice per porre rimedio ai principali problemi suscitati dall'applicazione del diritto internazionale alle condizioni di questo 'nuovo tipo' di guerra. Il rapporto, conosciuto con la denominazione di Regole dell'Aja, evocava il senso di orrore lasciato nell'opinione pubblica mondiale dalle distruzioni indiscriminate causate dalla guerra, suggerendo di conseguenza precise limitazioni, in caso di eventi bellici, relative alla tutela dei monumenti di grande valore storico artistico (fu la delegazione italiana, per prima, a richiedere per essi una completa garanzia di incolumità). A quella commissione ne seguirono altre nel corso dei successivi anni Trenta, con una sempre maggiore insistenza dei diversi Stati sull'organizzazione della difesa e della protezione, delegata però, sul piano nazionale, ai singoli governi: si provava a conciliare le pretese 'giuste' esigenze della guerra, percepita come imminente, con un minimo di sicurezza per i monumenti che questa di sicuro minacciava.

Alla luce dell'esperienza allora recente, e nella consapevolezza della forza dei moderni armamenti, si puntava a raggiungere obiettivi minimi possibili: in caso di guerra, sarebbe toccato ai singoli paesi belligeranti, attingendo da quelle convenzioni internazionali, organizzare l'attacco e la difesa aerea in funzione della tutela degli altrui come dei propri monumenti. A questo proposito l'Italia adottò, con la legge approvata con R. D. n. 1415 dell'8 luglio 1938 (Legge di guerra e legge di neutralità) – dunque contemporaneamente alle devastazioni che dal 1936 la propria aviazione procurava durante lo scontro civile alle città spagnole – alcune norme atte a disciplinare l'eventuale attacco aereo nei confronti di altre nazioni. Tra gli altri, l'art. 42 recitava: «il bombardamento che abbia il solo scopo di distruggere o danneggiare i beni non aventi interessi militari è in ogni caso proibito»; mentre l'art. 44 affermava che «durante il

bombardamento deve essere presa ogni misura per evitare, in quanto è possibile, danni agli edifici consacrati, alle arti, alle scienze, nonché ai monumenti storici». Misure che, ovviamente, sarebbero cessate qualora «gli edifici e i luoghi ivi indicati vengano usati per scopi diversi da quelli, cui sono destinati» (art. 45).

Con gli esiti del drammatico secondo conflitto mondiale il termine 'beni culturali' fu adoperato in un contesto più tecnico e più vasto.

La ricostruzione, l'aggiornamento dell'informazione culturale, le rinnovate speranze animarono un dibattito maggiormente ampio e comune sulle idee di conservazione e restauro, che trovarono corpo nella Convenzione dell'Aja del 1954<sup>4</sup>. Essa rappresentava una tappa fondamentale nel processo volto a disciplinare pattiziamente la materia dei beni culturali nell'ambito del diritto internazionale bellico ed era caratterizzata da un approccio particolarmente moderno, che si coglie già nel preambolo, dove con l'uso della categoria specifica, si afferma che «i danni arrecati ai beni culturali, a qualsiasi popolo appartengano, costituiscono danno al patrimonio dell'umanità intera, poiché ogni popolo contribuisce alla cultura mondiale».

Da allora l'espressione beni culturali divenne attuale e ricorrente, anche se, a causa dei devastanti bombardamenti aerei che avevano raso al suolo quasi integralmente alcuni importanti città esuberanti di arte e di storia, fu subito utilizzata sotto l'aspetto prevalentemente conservativo e meno per quel che riguardava la promozione di nuove opere architettoniche e artistiche.

## 2. *La normativa italiana*

Per l'Italia, l'evoluzione del concetto di bene culturale è ricostruibile attraverso l'analisi della relativa normativa, che testimonia la difficoltà di adeguare la legislazione alla rapida evoluzione della sensibilità nei confronti della conservazione del patrimonio artistico nazionale.

La legge Bottai n. 1089 del 1939 definiva fin dal titolo beni di interesse pubblico «le cose d'antichità e d'arte», e ne garantiva la tutela (insieme alle «bellezze panoramiche e naturali» disciplinate dalla legge n. 1497 dello stesso anno). Si trattava di una disciplina che si rifaceva a norme precedenti (la legge n. 364 del 1909, cosiddetta Rosadi, e la

---

<sup>4</sup> Ratificata dall'Italia nel 1958 con la legge n. 279.

legge n. 778 del 1922) e rispecchiava la cultura del tempo, nel senso che il legislatore pensava un insieme di «cose» esteticamente belle da proteggere con vincoli atti a preservarle dai guasti del tempo e dall'incuria dell'uomo<sup>5</sup>.

L'idea, sopravvissuta alla guerra, ritornò nella Costituzione repubblicana, dove all'art. 9 si afferma che «la Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico artistico della Nazione». Tuttavia, la cultura italiana del dopoguerra aveva elaborato nuove idee in materia, e queste spinsero il legislatore a intervenire a più riprese, grazie al lavoro di commissioni di esperti e relative proposte normative, per modificare la filosofia di fondo dei due provvedimenti del 1939. In questi gruppi di lavoro si distinse la Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, artistico, archeologico e del paesaggio, meglio nota come Commissione Franceschini<sup>6</sup>, attiva dal 1964 al 1967, che tredici anni dopo la Convenzione dell'Aja del '54 recepì per prima in Italia, in un preciso contesto giuridico-politico, la categoria di “bene culturale” al fine di indicare tutto ciò che costituisce testimonianza materiale con valore di civiltà: «appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi come riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario e ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà»<sup>7</sup>.

La nostra locuzione compare in un testo legislativo del 1974, con l'istituzione del Ministero per i beni culturali e ambientali, poi, via via rinominato dal 1998 al 2013, sino all'attuale Ministero per la cultura<sup>8</sup>. Istituito da Giovanni Spadolini (con D. L. n. 657 del 14 dicembre

---

<sup>5</sup> Sul punto, cfr. *amplius* D. CROCCO, *Profili evolutivi della disciplina dei beni culturali*, in D. CROCCO, S. VILLANI (a cura di), *Valorizzazione e gestione del patrimonio culturale*, pubblicato in *Istituzioni Diritto Economia – Quaderni di scienze sociali*, 1/2018, Napoli, 2018, 3 ss., partic. 9-12.

<sup>6</sup> Cfr. legge n. 310 del 26 aprile 1964. Per la letteratura, v. ancora D. CROCCO, *Profili evolutivi della disciplina dei beni culturali*, cit., 12 ss.

<sup>7</sup> Cfr. *Atti della Commissione Franceschini* 1, 1, 1: *Patrimonio culturale della Nazione*.

<sup>8</sup> Cfr. art. 6 comma 1 del D. L. n. 22 del 1 marzo 2021 (cfr. L. n. 55 del 22 aprile 2021).

1974, convertito nella legge n. 5 del 29 gennaio 1975), con il compito di affidare unitariamente alla specifica competenza di un apposito ministero la gestione del patrimonio culturale e dell'ambiente, al fine di assicurare l'organica tutela di interesse d'estrema rilevanza sul piano interno e nazionale, esso raccolse le competenze e le funzioni in materia che prima erano del Ministero della Pubblica istruzione (antichità e belle arti, accademie e biblioteche), del Ministero degli Interni (archivi di Stato) e della Presidenza del Consiglio dei ministri (discoteca di Stato, editoria libraria e diffusione della cultura).

Nei decenni successivi, a riprova della costante evoluzione del concetto e dell'accresciuta attenzione intellettuale al tema, nel dibattito culturale sono comparsi, per così dire, due nuovi oggetti: i “beni culturali scientifici”, su sollecitazione del Ministero della Ricerca scientifica e dell'Università, che ha richiesto la tutela della strumentazione scientifica e tecnica, e i “beni culturali etnoantropologici o demoantropologici”, relativi alle testimonianze botaniche, zoologiche e antropologiche. Inoltre, all'estensione tipologica e quantitativa della nozione di bene culturale si è affiancata la dimensione di “utilità sociale” e, in tempi ancora più recenti, secondo indirizzi liberisti dominanti, quella di “utilità economica”.

Nel Codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004<sup>9</sup>, a chiarificazione del concetto, si definiscono beni culturali «le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, ivi compresi gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico» (art. 10). La legge dà ordine sistematico alla materia, perciò si interessa anche di altri tipi di beni culturali, come quelli documentali, anche se posseduti da privati e dichiarati tali da competenti organi periferici del Ministero, e costituisce il catalogo nazionale dei beni culturali, di cui cura sia la tutela, sia la valorizzazione (art. 1).

<sup>9</sup> Cfr. D. Lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004; il codice è stato da ultimo modificato dal D. L. n. 22/2021 e ancora dal D. L. n. 77 del 31 maggio 2021 (cfr. L. n. 108 del 29 luglio 2021).

### 3. Chiesa e patrimonio culturale

Nel corso dell'ultimo secolo anche la Chiesa ha avuto occasione di ripensare al nostro tema, a partire dalle secolari ottime relazioni tenute con l'arte e gli artisti durante l'età moderna.

Nella prima metà del Novecento, il rapporto della Chiesa con l'arte è stato ambiguo. Se infatti non mancavano in Europa interessanti esperienze di studio e di sperimentazione sul campo in materia di arte sacra, come quelle dell'abbazia di Beuron o della società Amici dell'arte cristiana (1912) del futuro cardinale Celso Costantini o del periodico *l'Atelier Breton d'Art Chrétien* di James Bouillé (1929) o della Scuola Beato Angelico (1921) di Giuseppe Polvara, da parte delle gerarchie ecclesiastiche i sospetti nei confronti dei nuovi indirizzi artistici trovavano corpo in vere e proprie condanne o comunque in forti preclusioni di principio.

Sebbene Pio XI, inaugurando la nuova sede della pinacoteca vaticana nel 1932, chiudesse le porte a qualsiasi forma innovativa dell'arte sacra, Pio XII non mancò poi di esprimere qualche apertura nell'enciclica *Mediator Dei*, dove sosteneva che «non si devono disprezzare e ripudiare genericamente e per partito preso le forme e immagini recenti, più adatte ai nuovi materiali con i quali esse vengono oggi confezionate: ma evitando con saggio equilibrio l'eccessivo realismo da una parte e l'esagerato simbolismo dall'altra, e tenendo conto delle esigenze della comunità cristiana, piuttosto che del giudizio e del gusto personale degli artisti, è assolutamente necessario dar libero campo anche all'arte moderna, se serve con la dovuta riverenza e il dovuto onore ai sacri edifici e ai riti sacri; in modo che anch'essa possa unire la sua voce al mirabile cantico di gloria che i geni hanno cantato nei secoli passati alla fede cattolica»<sup>10</sup>. E nel discorso Agli espositori della VI Quadriennale di Roma, nel 1952, rilevava che «la funzione di ogni arte sta [...] nell'infrangere il recinto angusto e angoscioso del finito, in cui l'uomo è immerso, finché vive quaggiù, e

<sup>10</sup> Cfr. Pius PP. XII Litt. encycl. *Mediator Dei et hominum* (20.11.1947): *AAS* 39 (1947) 521-595; tenuto conto della prospettiva qui prescelta per ripercorrere rapidamente il disciplinamento ecclesiale del nostro argomento, piuttosto che rinviare (salvo in qualche caso) agli *Acta Apostolicae Sedis* talora di scomoda consultazione, si farà capo ai luoghi via via specifici dell'ottimo sito web della Santa Sede: <https://www.vatican.va/content/vatican/it.html>.

*nell'aprire come una finestra al suo spirito anelante verso l'infinito*»: per lui l'arte doveva restare subordinata alle esigenze religiose. Il quadro di fondo restava sostanzialmente pessimistico nei confronti delle possibilità espressive dell'arte contemporanea, risentendo di certe valutazioni radicali, che in ambito cattolico si sviluppavano di fronte alla scarsa qualità di talune realizzazioni architettoniche poste-belliche e in reazione ai progressivi movimenti di scristianizzazione delle masse.

Fu il Concilio Vaticano II, fin dalla Costituzione sulla liturgia, a segnare una svolta, rimarcando l'autonomia della creazione artistica: «fra le più nobili attività dell'ingegno umano sono annoverate, a pieno diritto, le belle arti, soprattutto l'arte religiosa e il suo vertice, l'arte sacra. Esse, per la loro natura, hanno relazione con l'infinita bellezza divina che deve essere in qualche modo espressa dalle opere dell'uomo, e sono tanto più orientate a Dio e all'incremento della sua lode e della sua gloria, in quanto nessun altro fine è stato loro assegnato se non quello di contribuire il più efficacemente possibile, con le loro opere, a indirizzare religiosamente le menti degli uomini a Dio. Per tali motivi la santa madre Chiesa ha sempre favorito le belle arti, e ha sempre ricercato il loro nobile servizio, specialmente per far sì che le cose appartenenti al culto sacro splendessero veramente per dignità, decoro e bellezza, per significare e simbolizzare le realtà soprannaturali; ed essa stessa ha formato degli artisti. A riguardo, anzi, di tali arti, la Chiesa si è sempre ritenuta a buon diritto come arbitra, scegliendo tra le opere degli artisti quelle che rispondevano alla fede, la pietà e alle norme religiosamente tramandate e che risultavano adatte all'uso sacro. Con speciale sollecitudine la Chiesa si è preoccupata che la sacra suppellettile servisse con la sua dignità e bellezza al decoro del culto, ammettendo nella materia, nella forma e nell'ornamento quei cambiamenti che il progresso della tecnica ha introdotto nel corso dei secoli»<sup>11</sup>.

La Chiesa, di fronte all'arte, rivendicava altrettanta libertà, non identificandosi in alcun particolare stile artistico: «la Chiesa non ha mai avuto come proprio un particolare stile artistico, ma, secondo l'indole e le condizioni dei popoli e le esigenze dei vari riti, ha ammesso le forme artistiche di ogni epoca, creando così, nel corso dei secoli, un tesoro artistico da conservarsi con ogni cura. Anche l'arte

<sup>11</sup> Cfr. Sac. Conc. *Constitutio de sacra liturgia* 122.

del nostro tempo e di tutti i popoli e paesi abbia nella Chiesa libertà di espressione, purché serva con la dovuta riverenza e il dovuto onore alle esigenze degli edifici sacri e dei sacri riti. In tal modo essa potrà aggiungere la propria voce al mirabile concento di gloria che uomini eccelsi innalzarono nei secoli passati alla fede cattolica»<sup>12</sup>.

Nella costituzione pastorale *Gaudium et spes*, poi, l'apertura della Chiesa alle molteplici forme artistiche veniva collocata in una prospettiva di ampio respiro, quale forma qualificante del dialogo con la cultura del mondo contemporaneo: «*A modo loro, anche la letteratura e le arti sono di grande importanza per la vita della Chiesa. Esse cercano infatti di esprimere la natura propria dell'uomo, i suoi problemi e la sua esperienza nello sforzo di conoscere e perfezionare se stesso e il mondo; cercano di scoprire la sua situazione nella storia e nell'universo, di illustrare le sue miserie e le sue gioie, i suoi bisogni e le sue capacità, e di prospettare una sua migliore condizione. Così possono elevare la vita umana, che esprimono in molteplici forme, secondo i tempi e i luoghi. Bisogna perciò impegnarsi affinché gli artisti si sentano compresi dalla Chiesa nella loro attività e, godendo di un'ordinata libertà, stabiliscano più facili rapporti con la comunità cristiana. Siano riconosciute dalla Chiesa le nuove tendenze artistiche adatte ai nostri tempi secondo l'indole delle diverse nazioni e regioni. Siano ammesse negli edifici del culto, quando, con modi d'espressione adatti e conformi alle esigenze liturgiche, innalzano lo spirito a Dio*»<sup>13</sup>.

Testimone di questa lunga evoluzione concettuale ed esperienziale delle relazioni fra Chiesa e arte, Paolo VI raccolse il mandato conciliare con una convinzione che poteva essere solo sua, radicata cioè sulle giovanili esperienze di Beuron, nutrita con l'antropologia maritainiana, con le esperienze milanesi e le tante frequentazioni con artisti e intellettuali di ogni estrazione. Egli tornò a rivolgersi agli artisti con tono franco e colloquiale, il medesimo che pose, anche nel dire, in una suggestiva omelia tenuta durante la Messa per gli artisti nella Cappella Sistina il 7 maggio del 1964, con la quale chiedeva di ristabilire la perduta alleanza: «*noi dobbiamo ritornare alleati. Noi dobbiamo domandare a voi tutte le possibilità che il Signore vi ha donato, e, quindi, nell'ambito della funzionalità e della finalità, che affratellano l'arte al culto di Dio, noi dobbiamo lasciare alle vostre voci il canto libero e potente, di cui siete capaci. E voi dovete essere così bravi da interpretare ciò che dovrete esprimere, da*

<sup>12</sup> Cfr. Sac. Conc. *Constitutio de sacra liturgia* 123.

<sup>13</sup> Cfr. Paul. PP. VI Const. past. *Gaudium et spes* 62: AAS 58 (1966).

*venire ad attingere da noi il motivo, il tema, e qualche volta più del tema, quel fluido segreto che si chiama l'ispirazione, che si chiama la grazia, che si chiama il carisma dell'arte*<sup>14</sup>.

Dei grandi messaggi del Concilio al mondo, quello agli artisti, affidato l'8 dicembre 1965 al cardinale Leo Josef Suenens e da questi consegnato all'architetto Pier Luigi Nervi, al musicista Gian Francesco Malipiero e al poeta Giuseppe Ungaretti, porta senz'altro l'impronta più marcata del magistero di Paolo VI, del quale riprende le categorie linguistiche, a cominciare da quella dell'alleanza di reciproco bisogno<sup>15</sup>.

È a questo importante snodo della storia delle relazioni fra Chiesa e arte che si è collocato Giovanni Paolo II, il quale ha superato la posizione di simpatia e disponibilità assunta dal pur sensibilissimo Paolo VI e ha situato il dialogo con il mondo dell'arte in un contesto logico e teologico molto più ampio. Se l'uomo, infatti, si apre a Dio e al mondo con lo stupore, allora scopre la via dell'arte; il 12 settembre 1983, innanzi agli intellettuali viennesi il papa sosteneva che *«lo stupore non apre soltanto una via spesso dimenticata alla natura come creazione di Dio, ma anche una via all'arte come opera dell'uomo che crea. [...] a questa missione l'arte corrisponde solo se lega la sua libertà all'umano. Da parte sua l'umano si rende manifesto con tutte le sue speranze, ma anche con i suoi pericoli, solo quando viene visto nell'orizzonte dell'infinito, nell'orizzonte di Dio, che in definitiva è alla base di ogni desiderio e aspirazione dell'uomo e può esso solo appagarli»*.

Perciò il mondo ha bisogno dell'arte e non potrebbe vivere senza di essa: *«sia l'individuo che la collettività hanno bisogno dell'arte per interpretare il mondo e la vita, per gettare luce sulla situazione epocale, per comprendere l'altezza e la profondità dell'esistenza. Hanno bisogno dell'arte per rivolgersi a ciò che supera la sfera del puramente utile e che quindi promuove l'uomo. Hanno bisogno della letteratura e della poesia: della loro parola talvolta morbida e delicata, ma anche profeticamente adirata, che spesso matura meglio nella solitudine della sofferenza. Secondo un profondo pensiero di Beethoven, l'artista è in certo qual modo chiamato a un servizio sacerdotale»*. In maniera non dissimile ha bisogno dell'arte anche la Chiesa, che non può e non la vuole

<sup>14</sup> Cfr. [https://www.vatican.va/content/paul-vi/it/homilies/1964/documents/hf\\_p-vi\\_hom\\_19640507\\_messa-artisti.html](https://www.vatican.va/content/paul-vi/it/homilies/1964/documents/hf_p-vi_hom_19640507_messa-artisti.html).

<sup>15</sup> Cfr. [https://www.vatican.va/content/paul-vi/it/speeches/1965/documents/hf\\_p-vi\\_spe\\_19651208\\_epilogo-concilio-artisti.html](https://www.vatican.va/content/paul-vi/it/speeches/1965/documents/hf_p-vi_spe_19651208_epilogo-concilio-artisti.html).

asservita. Essa, infatti, «ha bisogno dell'arte, non tanto per affidarle incarichi e quindi chiederle un servizio, quanto per acquisire una maggiore e più profonda conoscenza della conditio umana, dello splendore della miseria dell'uomo. Ha bisogno dell'arte per sapere meglio cosa si trova nell'uomo: in quell'uomo al quale deve annunciare il Vangelo. Più particolarmente la Chiesa ha bisogno dell'arte per la sua liturgia, che nella sua pienezza vuole essere un'opera d'arte ispirata dalla fede, includendo tutte le forze creative tratte dall'architettura, dall'arte figurativa, dalla musica e dalla poesia». È se il nesso fra la vita della Chiesa, la creazione artistica e il mistero di Dio è così stretto, non vi è motivo di temere la fine dell'arte o di guardare con pessimismo al futuro: «si è parlato talvolta di fine imminente o già sopraggiunta dell'arte. Da questo punto di vista le cose vanno per l'arte, ma anche per la filosofia, in modo molto simile come per la Chiesa. Io stesso ho fiducia nella inesauribilità dell'arte in tutti i suoi campi, perché sono convinto della inesauribilità dello spirito umano e della fantasia umana [...]. Dal colloquio che si sta via via riaprendo tra arte e Chiesa possiamo forse aspettarci come risultato a lungo termine anche opere d'arte che aprano in una maniera nuova gli occhi, le orecchie e il cuore degli uomini, siano essi credenti o alla ricerca»<sup>16</sup>.

Fin dall'inizio del suo magistero, dunque, Giovanni Paolo II ha superato l'idea conciliare dell'alleanza e del reciproco bisogno fra Chiesa e arte, per intravedere nel futuro un cammino solidale, una meta comune, un servizio scambievolmente all'uomo e alla sua storia.

#### 4. L'attività post-conciliare.

È nel clima di questa rinnovata sensibilità e della riforma liturgica che dopo il Concilio si è legiferato sui beni culturali ecclesiastici. Il Codice di diritto canonico pio-benedettino del 1917, infatti, si occupava degli oggetti artistici e preziosi solo in una prospettiva strettamente patrimoniale, con un approccio di tipo amministrativo (inventario, rendiconto, ecc.)<sup>17</sup>, mentre il concetto di bene culturale è indipendente da quello di bene ecclesiastico tout court, pur potendo talvolta coincidere, come avviene quando un bene culturale appartiene

<sup>16</sup> Per l'intero testo del discorso tenuto dal papa coi rappresentanti del mondo della scienza e dell'arte a Vienna cfr. [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1983/september/documents/hf\\_jp-ii\\_spe\\_19830912\\_scienza-arte.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/speeches/1983/september/documents/hf_jp-ii_spe_19830912_scienza-arte.html).

<sup>17</sup> Cfr. cann. 1281-1282, 1509-1512.

a uno dei soggetti indicati dal can. 1257 § 1 del Codice di diritto canonico del 1983: in tal caso va sottoposto sia alla normativa canonica sia a quella civile specifica.

Il Codice di diritto canonico del 1983 si occupa di beni culturali e invero oltre a recepirne l'espressione, esso dà norme specifiche per garantirne la conservazione e la tutela. Ivi se ne tratta a proposito degli archivi storici diocesani (can. 491 § 2), della manutenzione (can. 1220 § 2) e del restauro di immagini sacre (can. 1189) oltre che degli edifici di culto (can. 1216), dell'inventario che di essi si deve tenere (can. 1283 § 2), delle condizioni per l'alienazione (can. 1292 § 2).

Da parte della Santa Sede, la cura di questo settore è affidata alla Pontificia commissione per i beni culturali della Chiesa, erede di altri importanti dicasteri vaticani. La Pontificia commissione per la conservazione del patrimonio storico e artistico della Chiesa, nata il 28 giugno 1988 presso la Congregazione del clero con la costituzione apostolica *Pastor bonus*<sup>18</sup>, era destinata essenzialmente alla «tutela» del patrimonio storico-artistico della Chiesa, ossia di tutte le opere d'arte del passato, specie di quelle non più in uso in ambito ecclesiastico, e di tutti i documenti relativi alla trascorsa cura pastorale. A tal fine, essa interagiva con la Congregazione per l'educazione cattolica e con quella per il culto divino e la disciplina dei sacramenti, ed era ovviamente in contatto con tutte le Chiese locali. Il dicastero si imponeva per una proiezione tecnica molto esplicita, realizzata grazie all'attenzione non solo all'arte, ma anche ad archivi, biblioteche e musei, verso cui si sensibilizzavano le diocesi di tutto il mondo.

Tuttavia, la finalità della tutela era decisamente riduttiva sia per l'esperienza complessiva della storia della Chiesa sia per le aspettative del contesto culturale contemporaneo, nel quale si andava sempre più sviluppando la sensibilità verso i beni culturali come espressione di un organismo vivo, che di essi si serviva per finalità precise e non secondarie: la catechesi, il culto, la carità, il confronto con le culture. I beni culturali della Chiesa non potevano essere solo tutelati come qualcosa di passato, di cui non si doveva perdere la memoria, dovevano pur essere valorizzati come espressione di una vitalità mai cessata, ma solo adeguatasi ai nuovi tempi e contesti. «La parola

<sup>18</sup> Cfr. [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/apost\\_constitutions/documents/hf\\_jp-ii\\_apc\\_19880628\\_pastor-bonus-index.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/apost_constitutions/documents/hf_jp-ii_apc_19880628_pastor-bonus-index.html).

“conservazione”, presente nella qualificazione iniziale della vostra Commissione» – sottolineava Giovanni Paolo II – «è apparsa chiaramente inadeguata, perché riduttiva e statica: se si vogliono inserire i beni culturali nel dinamismo dell’evangelizzazione, non ci si può limitare a mantenerli integri e protetti; è necessario attuare una loro organica e sapiente promozione per inserirli nei circuiti vitali dell’azione culturale e pastorale della Chiesa»<sup>19</sup>.

Il cambiamento venne recepito dal motu proprio *Inde a pontificatus nostri initio* del 25 marzo 1993, con il quale il dicastero fu modificato, rendendosi autonomo e prendendo il nome di Pontificia commissione per i beni culturali della Chiesa<sup>20</sup>. L’iniziale indirizzo tecnico del dicastero si aprì a nuove prospettive, derivanti dalla necessaria collaborazione richiesta con il Pontificio consiglio della cultura, del quale il presidente della nuova Commissione era membro ex ufficio e con il quale era chiamato ad avere «contatti periodici, in modo da assicurare una sintonia di finalità e una feconda reciproca collaborazione». Il nuovo organismo vaticano aveva innanzi a sé quattro strade aperte, evidenziate nel primo discorso di Giovanni Paolo II all’assemblea plenaria della Commissione: a) individuare e conservare il patrimonio storico-artistico della Chiesa; b) valorizzare i beni culturali ecclesiali per una migliore utilizzazione finalizzata alla catechesi, al culto e alla carità; c) curare la formazione degli artisti per continuare la tradizionale opera di committenza della Chiesa; d) aiutare le Chiese locali a organizzare un analogo servizio ecclesiale su base territoriale.

La Pontificia Commissione ha poi cercato di individuare gli attori principali del servizio ecclesiale in questo campo, partendo da coloro che vi sono coinvolti istituzionalmente, come le Conferenze episcopali, i vescovi diocesani, le Congregazioni romane dell’educazione cattolica e del culto divino e il Pontificio consiglio della cultura.

<sup>19</sup> Così, il 12 ottobre 1995, nel discorso alla prima assemblea plenaria della Pontificia Commissione per i beni culturali della Chiesa: <https://www.vatican.va/speeches/october/documents>.

<sup>20</sup> Cfr. [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/motu\\_proprio/documents/hf\\_jp-ii\\_motu-proprio\\_25031993\\_inde-a-pontificatus.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/it/motu_proprio/documents/hf_jp-ii_motu-proprio_25031993_inde-a-pontificatus.html).

Accanto al diritto universale, anche la Chiesa italiana è intervenuta – con un provvedimento immediatamente vigente della X Assemblea CEI (sottoposto alla Sacra Congregazione per il Clero) – a disciplinare il settore dei beni culturali ecclesiastici con delle specifiche Norme per la tutela e conservazione del patrimonio storico-artistico della Chiesa in Italia (14 giugno 1974). In esse si sostengono innanzitutto la necessità e il dovere di una fattiva collaborazione con le autorità statali, a cui viene riconosciuta la responsabilità della conservazione del patrimonio culturale del Paese, ma si disciplina anche l'attività propria degli enti ecclesiastici, specie in materia di “adattamenti” degli edifici di culto alla riforma liturgica promossa dal Concilio Vaticano II, di alienazione dei beni di interesse storico-artistico e di competenze da coltivare nelle singole diocesi.

Il 9 dicembre 1992 la Conferenza episcopale ha prodotto ampi orientamenti su I beni culturali della Chiesa in Italia (Orientamenti), che, pur non avendo carattere normativo, integrano le disposizioni del 1974, allargando l'orizzonte di applicazione, collocandole nel mutato clima storico del Paese e promuovendo nuove forme di collaborazione con le autorità civili secondo lo spirito dell'accordo di revisione concordataria nel frattempo entrato in vigore<sup>21</sup>. In essi si evidenzia l'importanza dei beni culturali come «segno e strumento di vita ecclesiale» e si illustrano le competenze dei vari soggetti istituzionali e i modi in cui esse si devono applicare a livello regionale e diocesano. Gli Orientamenti del 1992 prendono atto che lo Stato, le regioni e le province autonome hanno «competenza primaria in materia, potendo disporre di una vasta e articolata normativa, di competenza tecnico-scientifica, di adeguati organi istituzionali, sono da tempo, di fatto, i principali interlocutori della Chiesa nel compito delicato della tutela e valorizzazione dei beni culturali ecclesiastici»; essi impegnano le comunità dei fedeli in genere e gli enti ecclesiastici in specie a mantenere nei riguardi delle pubbliche istituzioni «un atteggiamento di fattiva collaborazione», che presuppone «la conoscenza e il rispetto delle competenze, il coordinamento e la valorizzazione dei beni culturali ecclesiastici, la identificazione di procedure che facilitino l'ordinato svolgimento dei rispettivi compiti e l'applicazione ai beni culturali ecclesiastici delle leggi statali».

<sup>21</sup> Cfr. il *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana* 9, 9.12.1992, 309 ss.

È sulla scia di questo disciplinamento (1974 e 1992) che si costituisce in seguito una Consulta nazionale per i beni culturali ecclesiastici e più tardi, nel 1995, un Ufficio specifico presso la Conferenza episcopale italiana. All'Ufficio nazionale per i beni culturali ecclesiastici, diretto per la prima volta da mons. Giancarlo Santi, architetto e sacerdote dell'arcidiocesi di Milano (oltre che autore di preziose pubblicazioni scientifiche<sup>22</sup>), viene affidato lo spirito degli Orientamenti del 1992 per la promozione dei diversi soggetti coinvolti nella vita del patrimonio culturale della Chiesa in Italia, e per il coordinamento delle attività che sarebbero scaturite dalle intese attuative dell'accordo di revisione concordataria e dalle iniziative provenienti dal territorio<sup>23</sup>.

In ambito locale, poi, responsabilità in materia di beni culturali tocca pure alle Conferenze episcopali regionali, a cui gli Orientamenti del 1992 avevano affidato l'onere del coordinamento delle attività in materia di beni culturali ecclesiastici e l'obbligo dei rapporti con la locale amministrazione regionale (Orientamenti 5).

In ciascuna diocesi, infine, «il compito di coordinare, disciplinare e promuovere quanto attiene ai beni culturali ecclesiastici spetta al vescovo, che a tale scopo si avvale della collaborazione della Commissione diocesana per l'arte sacra e i beni culturali e di un apposito Ufficio presso la Curia diocesana» (Orientamenti 4). È, infatti, dipendente dalla giurisdizione dell'ordinario diocesano la maggior parte degli enti ecclesiastici 'possessori' di beni culturali, tra i quali si evidenziano le parrocchie, in cui la responsabilità diretta è dei parroci, ai quali, nell'ambito dell'ordinaria programmazione pastorale amministrativa dell'ente, tocca curare e valorizzare il patrimonio con la collaborazione degli organi collegiali (Consiglio pastorale e

---

<sup>22</sup> Recenzioni vd., per l'editore milanese Vita e Pensiero, G. SANTI: *Le nuove chiese in Italia nel XX secolo. Profilo storico, repertorio, bibliografia*, 2019; *Nuove chiese nella diocesi di Milano nel XX secolo. Contesto storico, repertorio, bibliografia*, 2020; *Le architetture sacre del Novecento in Italia*, 2021.

<sup>23</sup> Il Consiglio episcopale permanente, per far fronte alle nuove esigenze, ha ritenuto opportuno istituire un unico Ufficio nazionale, unificando i preesistenti: nella seduta del 26-28 settembre 2016, con decreto dell'8 novembre 2016, ha istituito l'Ufficio nazionale per i beni culturali ecclesiastici e l'edilizia di culto e del Comitato per la valutazione dei progetti di intervento a favore dei beni culturali ecclesiastici e dell'edilizia di culto.

Consiglio degli affari economici) e di volontari, in sintonia con le direttive del vescovo e d'intesa con gli specifici uffici diocesani<sup>24</sup>.

##### 5. *L'Intesa del 2005 e le regole successive*

La revisione concordataria del 1984 ha comportato una grande novità legislativa rispetto al passato, prevedendo la possibilità di accordi bilaterali a favore dei beni culturali di interesse religioso. Una eventualità, questa, che è stata recuperata frequentemente nei principi e nella prassi successivi, tant'è che oggi le forme di collaborazione tra la Chiesa italiana e gli organismi civili di competenza si sviluppano secondo criteri concordati tra le parti con intese aventi valore di legge, come per esempio quella sottoscritta il 13 settembre 1996, rinnovata nel 2005, relativa alla tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche.

Per dare più ampia attuazione all'articolo 12 dell'accordo di revisione concordataria, il 26 gennaio 2005 fu sottoscritta una importante intesa in materia di beni culturali ecclesiastici tra la Conferenza episcopale italiana e il Ministero per i beni e le attività culturali. Com'è ovvio, si tratta di un testo bilaterale, promulgato con decreto del presidente della Repubblica (n. 78 del 4 febbraio 2005), in sostituzione di quello analogo del 1966. Tale Intesa si era resa necessaria per le modifiche apportate alla legislazione italiana sia dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 sulle nuove competenze delle regioni, sia dal Codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004.

A volerne ripercorrere sinteticamente i punti salienti, si può ricordare come l'articolo 12 degli accordi di revisione concordataria affermava la comune preoccupazione, di Stato e Chiesa, per i beni culturali ecclesiastici, la cui tutela sul piano operativo – come dispone l'Intesa – è affidata a vari soggetti a seconda dei livelli. A livello centrale dialogano fra loro il ministro, i capi dei dipartimenti e i direttori generali per la parte civile, e il presidente della Conferenza episcopale italiana e le persone o gli uffici da lui delegati per la parte

---

<sup>24</sup> Peraltro, di recente sono state approvate, dalla LXXI Assemblea Generale CEI svoltasi a Roma dal 21 al 24 maggio 2018 (e promulgate il 4 giugno 2018), Disposizioni concernenti la concessione di contributi finanziari della CEI per i beni culturali ecclesiastici e l'edilizia di culto.

ecclesiastica; a livello regionale, poi, vi sono per la parte statale i direttori regionali e per la parte ecclesiastica i presidenti delle Conferenze episcopali regionali o coloro che eventualmente siano da essi delegati; a livello locale, infine, il confronto è fra i soprintendenti competenti per territorio o per materia e gli ordinari diocesani (nell'ambito locale concorrono alla tutela del patrimonio culturale anche gli istituti di vita consacrata e le società di vita apostolica, ma solo a livello di provincia e a condizione che si tratti di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti)<sup>25</sup>.

Sono molteplici le forme e gli strumenti attraverso i quali, secondo l'Intesa, si attua in Italia la collaborazione fra la Chiesa e lo Stato.

È anzitutto previsto che tra gli organi del Ministero e quelli ecclesiastici corrispondenti vengano tenute apposite riunioni per definire i programmi pluriennali e annuali di intervento per il patrimonio storico-artistico-architettonico e i relativi piani di spesa del Ministero stesso. Nel corso di tali riunioni deve avvenire un reciproco scambio informativo: gli uffici ministeriali informano i corrispondenti uffici ecclesiastici circa gli interventi che intendono intraprendere su beni culturali di interesse religioso appartenenti a enti e istituzioni ecclesiastiche, e da questi acquisiscono eventuali proposte di interventi, come pure le valutazioni relative alle esigenze di carattere religioso da considerare in occasione dei futuri interventi (per esempio, si pianificano i tempi di lavorazione e le condizioni per garantire comunque l'utilizzo dell'edificio di culto nel caso di un consolidamento statico o di un restauro architettonico, si concorda la messa in sicurezza di un edificio o del suo patrimonio mobile prima di un intervento di restauro, ecc.). In occasione di tali riunioni gli organi ecclesiastici, per evitare dannosi sprechi di risorse e per favorire una comune pianificazione finanziaria, cronologica e territoriale, sono tenuti, a loro volta, a informare circa gli interventi che intendono intraprendere in autonomia (art. 1).

Tra organi ministeriali ed ecclesiastici è possibile stipulare accordi, giuridicamente bene articolati, per realizzare insieme iniziative alle quali concorrano sul piano organizzativo e finanziario lo Stato, gli enti

---

<sup>25</sup> Giusto un esempio di condivisione di informazioni è la sottoscrizione del Protocollo attuativo tra Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo e Conferenza episcopale italiana del 4 dicembre 2014.

ecclesiastici ed eventualmente anche altri soggetti (regioni, comuni, fondazioni bancarie, sponsor privati). Il principio della più ampia informazione tra le parti è ribadito con fermezza dall'Intesa (art. 4); esso si rende decisivo e urgente nel caso di calamità naturali. E invero, in situazioni di particolare gravità, il vescovo è tenuto a trasmettere al locale soprintendente sia ogni utile informazione ai fini del sollecito accertamento dei danni, sia argomentate valutazioni circa la priorità degli interventi, evidentemente tenendo conto delle primarie esigenze del servizio ecclesiale sul territorio.

Sulla base del collaudato modello offerto dall'Intesa precedente (1996), restano confermate le procedure di collaborazione fra vescovi e soprintendenti. L'ordinario diocesano valuta la congruità e la priorità degli interventi di conservazione e li presenta al soprintendente per il rilascio delle autorizzazioni. Sono tenuti a questa prassi tutti gli enti ecclesiastici presenti in diocesi, soggetti e non soggetti alla giurisdizione canonica dell'ordinario diocesano, nel senso che a costui compete inoltrare ai soprintendenti anche le domande presentate dagli istituti di vita consacrata e dalle società di vita apostolica (in quest'ultimo caso, però, nel rispetto dell'esenzione dalla giurisdizione da parte dei religiosi, il vescovo diocesano trasmette la documentazione senza pronunziarsi né sulla congruità né sulla priorità delle richieste avanzate).

Nell'Intesa viene ribadito che, quando si adeguano gli edifici di culto alle norme liturgiche vigenti o si procede a scavi e ricerche archeologiche in tali edifici, il soprintendente e il vescovo devono procedere d'accordo (art. 6, n. 2); ma, alla luce dell'esperienza talora non sempre felice nel recente passato, è previsto che, nel caso in cui non si raggiunga tale accordo, le parti interessate possono appellarsi all'arbitrato dei livelli superiori. Il principio del comune accordo, insomma, è fondamentale a tutti livelli di relazione, per garantire le legittime esigenze di culto, rispetto alle quali gli organi del Ministero non hanno potere di procedere.

Un'altra importante questione per la quale è richiesto il comune accordo fra soprintendente e vescovo diocesano è quella del trasferimento di beni culturali di proprietà ecclesiastica, come nel caso, per esempio, di parrocchie estinte o di edifici ridotti a uso profano o per l'eventuale verificarsi di calamità naturali. In queste e analoghe circostanze, se i beni non possono essere conservati nella

propria originaria sede, il deposito dei beni mobili va concordato anzitutto presso altri edifici aperti al culto se idonei a garantirne la conservazione, oppure, in subordine, presso musei ecclesiastici se muniti di adeguati impianti di sicurezza o, come estrema ratio, presso musei pubblici presenti sul territorio (art. 6, nn. 4 e 5).

Tra le indicazioni dell'Intesa vi è l'individuazione di alcuni ambiti nei quali è opportuno armonizzare la legislazione italiana con le esigenze religiose sia sul piano del principio che su quello delle forme concrete di collaborazione.

E qui vengono recepite le varie azioni concrete già avviate tra Ministero e Conferenza episcopale italiana nel corso degli otto anni di applicazione dell'Intesa precedente. Le due istituzioni collaborano sia nella inventariazione e catalogazione dei beni culturali mobili e immobili con appositi accordi, assicurando sicurezza e condizioni adeguate di conservazione del patrimonio mobile, sia in materia di interventi di conservazione e restauro, garantendo il rispetto della legislazione civile in materia di requisiti professionali degli operatori, e delle esigenze funzionali degli edifici regolarmente aperti al culto, sia tutelando la sicurezza dei beni con sistemi anti-intrusione, che Ministero e Conferenza episcopale italiana s'impegnano ad assicurare secondo le rispettive competenze e disponibilità finanziarie. Ministero e Conferenza episcopale garantiscono anche l'accesso e la visita ai beni culturali ecclesiastici – esigenza cresciuta negli ultimi tempi con lo sviluppo del turismo di massa – nel rispetto delle esigenze di carattere religioso dei luoghi, per cui si possono stabilire orari e percorsi di visita che non intralcino l'attività ordinaria degli enti proprietari; essi favoriscono il prestito delle opere d'arte in occasione delle sempre più frequenti mostre ed esposizioni, a patto, tuttavia, che le richieste di prestito vengano formulate in conformità alle procedure previste dalla normativa civile e canonica (autorizzazione dell'ordinario diocesano per mostre interne, e della Santa Sede per mostre all'estero, coperture assicurative, ecc.); infine, va sottolineato l'impegno del Ministero in fatto di agevolazioni fiscali (già previste, peraltro, dalle vigenti leggi italiane circa le erogazioni liberali destinate alla conservazione dei beni culturali), le cui procedure amministrative l'organo di governo tenta di rendere omogenee per quanto di sua pertinenza (art. 6, n. 6).

I principi affermati dall'Intesa, effettivamente di grande rilievo, vengono assunti come indirizzi generali della legislazione civile da prospettare anche alle amministrazioni regionali per eventuali accordi di carattere locale. Un'affermazione, questa conclusiva del testo legislativo (art. 8), che indirettamente rileva le accresciute competenze delle regioni nell'ambito della devoluzione dei poteri dello Stato (si sa come la tutela dei beni culturali resti di interesse statale, mentre la loro valorizzazione rientri nelle competenze regionali) e la necessità di aggiornare e integrare gli accordi locali già sottoscritti negli anni passati.

L'Intesa rappresenta un momento di crescita per la Chiesa italiana, e non solo perché rafforza la sua capacità di dialogo con le istituzioni civili. Negli ultimi anni, infatti, si è sviluppata un'inedita sensibilità ecclesiale, solo in parte mutuata dalla diffusa attenzione dell'opinione pubblica per questo settore della vita culturale e civile del Paese, tesa a valorizzare il patrimonio storico, artistico e culturale di natura ecclesiastica come un potente strumento pastorale a servizio del messaggio cristiano: di fronte alla esuberante domanda turistica e alle nuove, seppur non sempre profonde, curiosità culturale dei cittadini, la Chiesa italiana ha iniziato ad attrezzarsi, e con il tempo dovrà farlo sempre meglio.

Sul piano organizzativo, l'Intesa tra Ministero e Conferenza episcopale italiana ha caricato di nuove e non lievi responsabilità i vescovi sul piano delle relazioni istituzionali, e perciò ha imposto anche un potenziamento delle strutture diocesane volte a formare e valorizzare gli incaricati diocesani per i beni culturali, affinché siano allo stesso tempo interfaccia qualificata degli organi periferici del Ministero e sostegno sul territorio al fianco di parroci, rettori di chiese e superiori di istituti di vita consacrata maschili e femminili. Sul piano regionale, poi, l'autorevole figura del direttore generale impone la creazione di un efficiente ufficio sovradiocesano a supporto dell'attività dell'incaricato regionale e del vescovo delegato per i beni culturali ecclesiastici.

Malgrado qualche persistente incomprensione tra le parti, il clima collaborativo che si va consolidando fra soprintendente ed enti ecclesiastici torna a vantaggio di tutti, e non solo dei credenti, perché favorisce una migliore conservazione, e quindi un'ulteriore

conoscenza, del patrimonio storico, artistico e culturale della Nazione, che porta in sé una marcata impronta cristiana.

#### 6. *Gli episcopati regionali*

Le intese che si sono succedute dal 1996 fra il ministro per i beni culturali e il presidente della Conferenza episcopale hanno rappresentato un importante modello per analoghe attività partite in tutto il Paese. Pur non godendo le conferenze episcopali regionali di poteri legislativi, presso ciascuna di esse – come previsto dagli Orientamenti del 1992 – sono state istituite apposite “consulte” per affrontare «le questioni di carattere generale e in particolare tutto quanto riguarda i rapporti tra le diocesi e le amministrazioni locali (regioni, province, comuni) e gli organi periferici del Ministero per i beni culturali e ambientali» (Orientamenti nn. 3-8); così pure, sono state sviluppate molte attività che hanno comportato anche la stipula di intese con le regioni per la tutela, la conservazione e la valorizzazione dei beni culturali, incentivate peraltro dagli interventi programmati per il giubileo tenutosi nell’anno 2000.

In tal modo, gli episcopati regionali hanno assunto un importante ruolo pubblico, riconosciuto dal D. Lgs. n. 112 del 31 marzo 1998 sul conferimento di funzioni e compiti dello Stato agli enti locali. Nel documento normativo, infatti, si dispone che un rappresentante della rispettiva Conferenza episcopale regionale partecipi alla Commissione per i beni e le attività culturali da istituire in ogni regione a statuto ordinario con «lo scopo di armonizzazione e coordinamento, nel territorio regionale, delle iniziative dello Stato, della regione, degli enti locali e di altri possibili soggetti pubblici e privati» (art. 155<sup>26</sup>).

Le varie intese bilaterali sottoscritte negli anni hanno valorizzato il ruolo dell’ordinario diocesano, che è chiamato a partecipare personalmente o tramite delegati ad «apposite riunioni» con gli organi periferici del Ministero<sup>27</sup>. Le intese hanno altresì chiarito che tutte «le

<sup>26</sup> Tale articolo è stato abrogato dal D. Lgs. n. 156 del 24 marzo 2006.

<sup>27</sup> A puro titolo esemplificativo, per le intese tra le regioni e la conferenza episcopale regionale si vd. il Protocollo d’intesa tra Regione Basilicata e la Conferenza Episcopale Regionale di Basilicata finalizzato alla tutela e alla valorizzazione dei beni culturali di interesse religioso appartenenti ad enti ed

richieste di intervento di restauro, di conservazione o quelle di autorizzazione, concernenti i beni culturali» di proprietà di enti ecclesiastici vanno presentate ai soprintendenti e, per quanto riguarda i beni librari, al competente ufficio centrale del Ministero tramite il vescovo, il quale, per gli enti soggetti alla sua giurisdizione, ha il compito di valutarne pure «congruità e priorità». Anche le richieste provenienti dagli istituti religiosi è stabilito che vengano inoltrate alle autorità civili tramite il vescovo diocesano competente per territorio; in tal caso, però, questi dovrà limitarsi alla semplice trasmissione, non avendo alcuna autorità per la previa valutazione, mentre è sua la competenza circa le intese dirette a tutelare le esigenze del culto, dal momento che in tale materia anche i religiosi sono soggetti alla sua autorità (can. 678 § 1).

Dall'attenta vigilanza e responsabilità del vescovo provengono innegabili vantaggi operativi, principalmente per gli organi periferici del Ministero, che così dovranno esaminare solo istanze già vagliate dall'autorità ecclesiastica, che si fa garante della loro correttezza e del soddisfacimento di motivi di urgenza e programmazione in ordine alla tutela del patrimonio storico-artistico della diocesi; e il vescovo è anche interlocutore riconosciuto delle soprintendenze «per quel che concerne le esigenze di culto» dei beni interessati da interventi di conservazione e tutela.

Tuttavia, la pur accresciuta sensibilità degli ultimi decenni, che hanno visto il proliferare di molte iniziative legislative e operative, non ha ancora fatto affrontare tutte le questioni che pongono una corretta conservazione e gestione dei beni culturali ecclesiastici<sup>28</sup>. Sono molti i temi che restano aperti sia in funzione delle esigenze delle comunità sia per le rapide modifiche di assetto politico e

---

istituzioni ecclesiastiche (8 giugno 2011; cfr. pure il Protocollo d'intesa per l'attuazione delle previsioni contenute nell'articolo 14, comma 9, del decreto legge 17 ottobre n. 189, fra Commissario straordinario del Governo per la ricostruzione nei territori dei Comuni delle Regioni di Abruzzo, Lazio, Marche e Umbria interessati dall'evento sismico del 24 agosto 2016 e il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo (21 dicembre 2016).

<sup>28</sup> Per es., in merito alla tutela specifica e in dettaglio, nel 2013 il Ministro per i Beni e le Attività Culturali e il Pontificio Consiglio della Cultura hanno ratificato le linee guida realizzate in un Manuale del Comando Carabinieri Tutela Patrimonio Culturale.

finanziario del Paese. Sono un po' dovunque problematici i risvolti gestionali di tali beni: difficoltà nel reperimento di forme permanenti e opportune di finanziamento; complessità della ricerca e della stabilizzazione di personale qualificato in grado di valorizzare il patrimonio per il corretto perseguimento dei fini e per il doveroso dialogo con la cultura contemporanea; fatica e lentezza nella formazione dell'aggiornamento sul tema del personale ecclesiastico; ecc. Di fatto, tuttavia, anche nella Chiesa è cresciuta la sensibilità per questo settore della vita cristiana, tanto da predisporre buoni strumenti giuridici sia per il confronto istituzionale a livello nazionale sia per il coordinamento dell'attività ordinaria a livello diocesano. Su queste basi è possibile sviluppare ulteriormente nella Chiesa e nel Paese l'attenzione ai beni culturali ecclesiastici.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

*Aedon. Rivista di arti e diritto on line* (<http://www.aedon.mulino.it/risorse/web.htm>) e link ivi elencati; I. C. ANGE, *Beni culturali: vicende di una definizione*, in *Nord e Sud* XXVII, 1980, n. 10, 147 ss.; G. ANGELICI, *L'idea di bene culturale e le questioni di principio sottese*, in *I beni culturali nello sviluppo e nelle attese della società italiana*, Milano, 1981, 20 ss.; C. AZZIMONTI, *I beni culturali ecclesiali nell'ordinamento canonico e in quello concordatario italiano*, Bologna, 2001; G. BELLOISI, *Lafifesa delle «antiche memorie». Dalle norme preunitarie di tutela del patrimonio artistico alle leggi dello stato fascista*, Napoli, 2017; I. BOLGIANI, *Nuove dinamiche di relazione tra Stato e Chiesa cattolica. Le fonti pattizie nel quadro dell'evoluzione ordinamentale civile e canonica*, in ID. (a cura di), *La Chiesa cattolica in Italia. Normativa pattizia*, Milano, 2009, 1 ss.; E. CAMASSA, *I beni culturali di interesse religioso*, Torino, 2013; A. G. CHIZZONITI, *Profili giuridici dei beni culturali di interesse religioso*, Tricase, 2008; *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, 2021 (D. Lgs. n. 42, 22.01.2004 e success. aggiorn.); D. CROCCO, *Profili evolutivi della disciplina dei beni culturali*, in D. CROCCO, S. VILLANI (a cura di), *Valorizzazione e gestione del patrimonio culturale*, pubblicato in *Istituzioni Diritto Economia – Quaderni di scienze sociali*, 1/2018, Napoli, 2018, 3 ss.; A. CROSETTI, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2014; U. DOVERE (a cura di), *Arte e beni culturali negli insegnamenti di Giovanni Paolo II*, Città del Vaticano, 2008; *Enchiridion dei beni culturali della Chiesa. Documenti ufficiali della Pontificia Commissione per i Beni Culturali della Chiesa*, Bologna, 2002; P. FERRARI DA PASSANO, *I beni culturali ecclesiastici*, in *La Civiltà Cattolica* CXLIII, 1993, III, 116 ss.; M. LUGLI, *I beni culturali*, in G. CASUSCELLI (a

cura di), *Nozioni di Diritto ecclesiastico*, Torino, 2015, 347-356; M. PARISI, *Diritto pattizio e beni culturali di interesse religioso. Sulla cooperazione tra Stato e Chiesa nella tutela giuridica del patrimonio storico-artistico ecclesiastico*, Napoli, 2017; F. PASSASEO, *La tutela dell'interesse religioso dei beni culturali. Riflessioni tra ius conditum e ius condendum*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale* VII, 2018 ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)); S. PESCE, *Il concetto di bene culturale ecclesiastico*, in *Diritto e religioni* VII, 2012, 88 ss.; G. SCIULLO, *I beni culturali della Chiesa cattolica nel Codice Urbani*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line* II, 2020; B. SERRA, *La protección de los bienes culturales de la Iglesia católica: la experiencia italiana*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale* XII, 2017 ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)); V. M. SESSA, *La disciplina dei beni culturali di interesse religioso*, Milano, 2005; C. VALENZIANO, *Chiesa e beni culturali. Prospettive teologiche e pastorali*, in *Arte Cristiana* LXXX, 1988, n. 726, 225 ss.; T. VERDON (a cura di), *Arte e catechesi. La valorizzazione dei beni culturali in senso cristiano*, Bologna-Firenze, 2002.

#### ABSTRACT

È utile, in specie se si considera la massa di letteratura che via via va accumulandosi sui beni culturali della Chiesa, tratteggiare alcune linee riassuntive della relativa 'storia italiana'. In quest'ottica, serve identificare anzitutto l'oggetto generale in questione, il bene culturale e poi quello ecclesiastico, e di seguito seguire la traccia della relativa legislazione italiana; indispensabile è, infine, osservare l'atteggiamento della Chiesa in età postconciliare, e verificare sia la qualità delle Intese concluse da questa con la Repubblica, sia il ruolo focale riconosciuto all'episcopato diocesano e regionale.

*It is useful, especially if we consider the mass of literature that is gradually accumulating on the cultural property of the Church, to outline some summary lines of the relative 'Italian history'. With this in mind, it is necessary to first identify the general object in question, the cultural property and then the ecclesiastical one, and then follow the outline of the relevant Italian legislation; Finally, it is essential to observe the attitude of the Church in the post-conciliar age, and to verify both the quality of the Agreements concluded by the latter with the Republic, and the focal role recognized by the diocesan and regional episcopate.*

GIOVANNI NERI\*

## I CRIMINI DELLE SETTE

SOMMARIO: 1. Le sette. – 2. Le sette e le tecniche di manipolazione mentale. – 3. I crimini delle sette. – 4. La scena del crimine.

### 1. *Le sette*

Il termine “setta” deriva dal latino *sector* o *seco* (seguire o separare) e indica un’aggregazione organizzata, di tipo esoterico, che si contrappone all’autorità religiosa consolidata e promuove credenze distinte da quelle tradizionalmente professate.<sup>1</sup>

Secondo il Rapporto del Ministero dell’Interno si tratta di “aggregazioni di ordine relativamente recente, ispirate alla predicazione di un capo spirituale o a dottrine di tipo iniziatico, i cui principi appaiono diversi da quelli delle confessioni religiose tradizionali (Cristianesimo, Ebraismo, Islamismo, Buddismo, Induismo, Confucianesimo) e dei grandi sistemi filosofici occidentali”.<sup>2</sup>

Una delle connotazioni peculiari del fenomeno è dunque la tendenza separatista, ossia la promozione di valori dissimili a quelli comunemente accolti, di tipo assoluto, e contrapposti al relativismo connesso al costante mutamento dei sistemi sociali.<sup>3</sup>

---

\* Professore ordinario di Criminologia e Sistema penale, titolare della cattedra “Cesare Beccaria”, Dipartimento di Scienze umane e sociali, UPM Uni-internazionale, Milano.

<sup>1</sup> V. PACE E., *Le sette*, Bologna, 1997, che individua quattro caratteristiche fondamentali della realtà settaria: l’alterazione dei confini di una data credenza religiosa; la costituzione di un nuovo principio di autorità; la scelta di tenere condotte che enfatizzino la radicalità della strada religiosa intrapresa; e la dissociazione da aggregazioni sociali di tipo comune. Sul punto v. anche CANTELMINI T.- LA SELVA P. – PALUZZI S., *Psicologia e teologia in dialogo*, Cinisello Balsamo, 2004.

<sup>2</sup> Rapporto Min. Int., *Sette religiose e nuovi movimenti magici in Italia*, 1998, p. 3, in <http://xenu.com-it.net/rapporto/index.htm>.

<sup>3</sup> A sottolineare la connotazione separatista sta la distinzione elaborata dal teologo Troeltsch tra il cd. tipo-Chiesa, ossia il gruppo religioso in armonia con i

La realtà settaria, ormai diffusa persino in paesi, come l'Italia, non pienamente abituati al pluralismo religioso, non presenta connotazioni necessariamente criminali, costituendo, dal punto di vista sociologico, sic et simpliciter un movimento libero, dissonante dalle credenze tradizionali.<sup>4</sup>

Tuttavia, è innegabile che, anche per ragioni storiche,<sup>5</sup> alla devianza si riconnetta quasi automaticamente una valenza criminogenetica, che determina nei fatti un associazionismo meccanico tra l'adesione ai valori della setta e la probabile commissione di delitti di varia natura.

E ciò vale in particolare per il satanismo, che professa una visione della vita, antitetica a quella cristiana, e si caratterizza per riti simbolici e particolarmente trasgressivi, associati nella morale comune al proselitismo aggressivo e al compimento di pratiche pericolose e crimini di natura iniziatica.<sup>6</sup>

---

valori sociali, il cd. tipo-mistico, disinteressato ai canoni sociali comunemente accolti, e il cd. tipo-setta, in netto contrasto con le credenze generalmente accettate.

<sup>4</sup> STRANO M., *Manuale di criminologia clinica*, Firenze, 2003, p. 456, a questo proposito specifica come “la natura religiosa delle organizzazioni pseudo religiose non costituisce di per sé un elemento criminogenetico, anche se, ovviamente, viene studiata dal criminologo come situazione di ‘contesto’ che serve per determinare la criminogenesi e la criminodinamica”.

<sup>5</sup> La connotazione negativa è stata infatti storicamente alimentata dalle religioni dominanti per contrastare i gruppi minoritari separatisti emersi al loro interno, avallandone la persecuzione.

<sup>6</sup> Sul satanismo vd. in particolare le definizioni elaborate da MASTRONARDI V.M. – DE LUCA R. – FIORI M., *Sette sataniche*, Roma, 2006, che considerano il satanismo come “impero di Satana sul mondo”, “culto reso a Satana” e “sequela-imitazione alla ribellione di Satana e dei demoni a Dio”. Si tratta comunque di un culto che vede al centro la soddisfazione dei desideri individuali e che si caratterizza per la concezione relativistica del bene e del male, la presenza di rituali anche sacrificali e il rifiuto del cristianesimo, concepito come religione delle limitazioni e dell'astinenza. Importanti anche le distinzioni elaborate da INTROVIGNE M. (*Il cappello del mago*, Milano, 1990, *Indagine sul satanismo. Satanisti e antisatanisti dal Seicento ai giorni nostri*, Milano, 2002, e *I satanisti. Storia, riti e miti del satanismo*, Milano, 2010) e TRUZZI M. (*Definitions and Dimensions of the Occult. Towards a Sociological Perspective*, in *Journal of popular culture*, III, 1971, p. 635 ss., come citato da INTROVIGNE, ult. cit.).

Il primo distingue tra: satanismo occultista, che accetta la visione del mondo descritta dalla Bibbia, la storia della Creazione, la cacciata dal Cielo degli Angeli ribelli poi divenuti demoni, schierandosi però dalla parte opposta, al servizio del diavolo; satanismo razionalista, che concepisce Satana come il simbolo del Male ed ha una visione del mondo anticristiana e edonista; satanismo acido, che celebra il

## 2. *Le sette e le tecniche di manipolazione mentale*

La setta religiosa, indipendentemente dalle connotazioni criminologiche che vi si riconnettono, si caratterizza in genere per il ricorso costante a tecniche di manipolazione applicate alla mente degli adepti, reclutati tra persone emotivamente vulnerabili, per ragioni psicopatologiche, personologiche, o semplicemente per motivazioni di tipo transitorio (momentanee difficoltà economiche, lutti, malattie e quant'altro).

I neo affiliati sottoposti a tecniche manipolative si ritrovano, talora inconsapevolmente, coinvolti da personalità carismatiche in realtà suggestive, in grado di determinarne il progressivo isolamento sociale e spirituale.

---

connubio tra il culto del diavolo, abusi psicologici e sessuali e assunzione di sostanze stupefacenti; e luciferismo, di derivazione manichea o gnostica, che venera Lucifero e Satana all'interno di cosmogonie che ne fanno un aspetto necessario, del sacro.

Il secondo distingue tra satanisti "indipendenti o solitari" e satanisti "affiliati a gruppi". I primi sono individui isolati che vivono la loro esperienza culturale satanica in solitudine e a loro volta si dividono in tradizionali - praticanti di magia nera -, acidi e psicotici. I secondi sono invece scindibili in due sottocategorie: i cd. puri e i "non stereotipici". I puri adorano un essere le cui caratteristiche derivano integralmente dal Satana della Bibbia e possono essere tradizionali, acidi, sessuali (sodomasochistici e sesso-orgiastici) e anticristiani. I "non stereotipici" invece rielaborano la teologia biblica relativa a Satana e si distinguono in "baphomettisti", con liturgia di tipo manicheo, che si rivolgono a Satana come "Signore della Terra", insieme o in contrapposizione a Dio come "Signore del Cielo"; "carismatici", che identificano il Dio della Bibbia con un cattivo demiurgo che ha fatto male il mondo, e Satana con la guida gnostica necessaria per sfuggire al mondo corrotto; e i "razionalisti", ", increduli rispetto al soprannaturale, ma fautori dei riti satanici considerati come psicodramma terapeutico in cui ci si libera, negandole violentemente, dalle superstizioni cristiane. MASTRONARDI V. M., cit., differenzia le sette sataniche distinguendo: purificatori, con finalità catartiche; propiziatori di controllo sulla vita e sulla morte; ingrazianti la divinità; ringraziatori la divinità; orgiastici; ricercatori di materiale umano da utilizzare a scopo spirituale; ricercatori di accettazione gruppale; ricercatori di sensazionalismi forti; trasgressori transgenerazionali e serial Killer per guarigione. Per approfondimenti vd. anche ARONA D. – PANIZZA G. M., *Satana ti vuole*, Milano, 1995; BARRESI F., *Sette religiose e criminali. Dal satanismo ai culti distruttivi*, Roma, 2004; GATTO TROCCHI C., *Sette sataniche e occultismo*, Roma, 2005; MONTI D. – FIORI M. – MICOLI A., *L'abisso del sé. Satanismo e sette sataniche*, Milano, 2011.

I leader delle organizzazioni settarie posseggono infatti doti motivazionali e capacità di suggestione tali da indirizzare verso i propri scopi la volontà del nuovo adepto, che finisce per asservire la propria personalità al gruppo, identificandosi con i relativi valori.<sup>7</sup>

La manipolazione psichica comincia con il reclutamento e l'iniziazione rituale, finalizzata ad incrementare nel prescelto il senso di appartenenza alla realtà gruppale di riferimento. Seguono poi le fasi dell'isolamento e dell'indottrinamento, fondamentali per plasmare l'identità settaria dell'adepto, indotto nel tempo a confidare nella congrega spirituale per la risoluzione di ogni questione personale, perdendo la fiducia nei confronti della società esterna e del nucleo familiare d'origine.<sup>8</sup>

Ritenendosi parte di un'élite privilegiata infatti, il reclutato rifugge il mondo al di fuori della setta, divenendone di fatto un suddito. Invero, alla riduzione progressiva delle capacità volitive fa seguito una condizione psicologica di totale asservimento al gruppo, considerato il punto di riferimento di ogni attività, sociale economica e spirituale.

La fidelizzazione dell'adepto si completa e culmina con il suo totale assoggettamento all'ideologia gruppale, nella quale viene inglobato anche attraverso la promessa di crescite gerarchiche all'interno della setta: il neo affiliato infatti, una volta integrato, può essere a sua volta adibito ad attività di reclutamento che ne incrementano il senso di autostima e di appartenenza alla realtà settaria.

Come anticipato, in se considerata, la setta, indipendentemente dalle modalità di reclutamento degli adepti, non costituisce un fenomeno criminogenetico e interessa il criminologo soltanto per la contestualizzazione di reati effettivamente perpetrati. In Italia ad

---

<sup>7</sup> I capi delle sette religiose sono in genere personalità estremamente forti, in grado di incutere nel contempo timore e sicurezza e capaci di valorizzare il contributo di ciascun membro reclutato alla causa. Talora presentano tuttavia connotazioni patologiche, affettività inappropriate, narcisismo e alterazioni nella sfera dei sentimenti. I *leader* di sette sataniche, in particolare, sono individui sprezzanti verso i valori sociali, privi di sensibilità rispetto alle sofferenze altrui, alla ricerca di forti livelli emozionali e tengono nella maggioranza dei casi comportamenti sessuali di tipo perverso. Sul punto vd. DEL RE M., *Riti e crimini del satanismo*, Napoli, 1994.

<sup>8</sup> V. MASTRONARDI V., *Le strategie di comunicazione umana – la persuasione, le influenze sociali, i mass media*, Milano, 2005. Per le sette sataniche in particolare vd. BARRESI F., *Tecniche psico-sociologiche di plagio e persuasione nelle sette sataniche*, Roma, 1999.

esempio, dopo la dichiarata illegittimità del delitto di plagio,<sup>9</sup> l'adesione per induzione a associazioni di tipo esoterico non ha rilevanza criminale autonoma, se non è accompagnata dalla correlata commissione o partecipazione ad atti criminosi.

Tuttavia, si tratta comunque di un fenomeno invasivo, sempre più diffuso, cui occorre prestare la dovuta attenzione.

Infatti, i crimini commessi per la setta o compiuti per frenare le minacce al cd. segreto settario sono in aumento, anche in ragione dell'alterata percezione del fatto criminoso nella mente dell'adepto, convinto della natura necessaria, sacrificale o iniziatica delle proprie azioni criminose.

Ciò senza contare le conseguenze economiche della manipolazione mentale perpetrata da alcune forme di associazionismo religioso. I leader, infatti, attraverso la setta non soddisfano soltanto perversioni e interessi sessuali o personali, ma mirano anche all'acquisizione su più fronti di utilità patrimoniali. Non a caso, la dedizione collettiva alla setta costituisce il più delle volte la fonte principale della relativa sopravvivenza economica, dal momento che a sovvenzionarne gli obbiettivi sono quasi sempre gli stessi partecipanti con le proprie quote o con il proprio patrimonio, talvolta donato per intero al gruppo d'appartenenza. E a ciò si aggiungono i ricavi delle attività professionali dei singoli affiliati e l'acquisizione di informazioni sensibili di tipo finanziario, industriale o istituzionale, utilizzabili dalla setta con finalità ricattatorie o comunque illecite.<sup>10</sup>

### 3. *I crimini delle sette*

Le sette sono di frequente coinvolte in crimini di varia natura, che spaziano dai delitti di frode e truffa sino alle violenze sessuali, agli abusi rituali, agli omicidi, o alle istigazioni al suicidio.<sup>11</sup>

Con riguardo alle sette sataniche in particolare, la criminalità si scinde in delitti di tipo sacrilego, ossia episodi di microdelinquenza a sfondo religioso (ad es. furti di reliquie o profanazione di tombe),

<sup>9</sup> L'art. 603 c.p., dichiarato incostituzionale con sent. 8 giugno 1981, n. 96, puniva "chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione".

<sup>10</sup> V. STRANO M., *Manuale di criminologia clinica*, cit.

crimini satanici, ove la venerazione satanista è invocata per lo più a pretesto giustificativo del comportamento tenuto, e delinquenza rituale, che comprende i delitti di maggior gravità a sfondo liturgico (abusi sessuali, omicidi sacrificali o assassini seriali).<sup>12</sup>

Più in generale poi, la letteratura criminologica sull'argomento suole distinguere i reati commissibili a seconda che l'autore del fatto sia l'adepto ovvero il leader in suo danno.

I crimini dei capi spirituali, giova ripetere, sul piano statistico si concretano per lo più in acquisizioni patrimoniali ottenute attraverso tecniche manipolative e di condizionamento psichico nei confronti dell'adepto, spinto all'espiazione dei propri beni di natura economica con tattiche di convincimento che ne sfruttano le vulnerabilità personologiche. Ma nei casi più gravi possono spingersi sino ad abusi sessuali o istigazioni al suicidio.

Si pensi al celebre caso degli Heaven's Gate, gruppo religioso Ufo i cui adepti si sono suicidati in massa ingerendo alcolici e sedativi e soffocandosi con buste di plastica. O ancora alle uccisioni sacrificali di bambini, talvolta figli degli affiliati, percepiti all'interno della setta come potenziali pericoli, soprattutto se precedenti vittime di abusi di tipo pedofilo. Questi infatti, nonostante ogni intimidazione, costituiscono di fatto una minaccia per il segreto settario, data l'oggettiva imprevedibilità delle azioni e reazioni, motivo per il quale il leader ne ordina talvolta l'omicidio immediatamente dopo la perpetrazione di eventuali abusi.<sup>13</sup>

I delitti degli adepti hanno anch'essi natura variabile e consistono nella maggioranza dei casi in profanazioni di cimiteri e tombe, maltrattamenti di animali o violenze di tipo rituale o seriale.<sup>14</sup> E ciò

---

<sup>11</sup> STRANO M., cit., elenca una serie di reati ricorrenti commessi in particolare dai membri delle sette sataniche ricomprendendovi violenze sessuali, lesioni, pedofilia, maltrattamenti di animali, detenzione e spaccio di sostanze stupefacenti, profanazioni e furti di materiale sacro.

<sup>12</sup> V. ARONA D. – PANIZZA G. M., *Satana ti vuole*, cit.

<sup>13</sup> ID. L'A. tra i reati commessi dai *leader* annovera: truffe e frodi, minacce, estorsioni, sequestri di persona, sfruttamento del lavoro o della prostituzione, lesioni rituali, violenze fisiche, spaccio di stupefacenti, pedofilia, abusi sessuali, induzioni al suicidio e omicidi.

<sup>14</sup> ID. Secondo l'A., gli adepti commettono per lo più reati familiari, violenze e lesioni rituali, abusi sessuali, pedofilia, profanazione di cimiteri, maltrattamento di animali, furti di materiale sacro, furti di informazioni e danneggiamenti.

che maggiormente suscita l'interesse del criminologo è l'inesatta percezione della potenzialità criminogena della condotta tenuta dall'affiliato.

L'assoggettamento totale e incondizionato ai valori della setta, infatti, finisce talora per distorcere gli schemi percettivi e le attitudini cognitive di chi ne fa parte, modificando e falsando il processo di anticipazione mentale degli effetti e delle conseguenze che in genere precede la commissione di un reato. In altri termini, l'adepto, lungi dal comprendere a pieno il disvalore del comportamento tenuto, si convince della relativa giustezza o necessità, sulla base di valutazioni indotte o di processi percettivi comunque alterati. Il che comporta un'oggettiva difficoltà di ricostruzione, nell'ottica dell'autore, della criminogenesi del reato.

In casi limite addirittura, la sottoposizione a rituali di tipo ipnotico, determina una situazione di totale trance e la soggezione completa e assolutamente inconsapevole alle volontà criminose del leader. Ma si tratta, per la verità, di stati psichici e pratiche poco diffuse, talvolta invocate semplicemente a pretesto per la commissione di crimini dolosi.

Ad ogni modo, la contestualizzazione dei reati di tipo settario costituisce un'attività molto complessa, che come tale esige sia l'analisi criminogenetica e criminodinamica del fatto, che il dettagliato esame criminalistico della scena del delitto.

#### 4. *La scena del crimine*

La scena del delitto costituisce un fondamentale bagaglio informativo per l'acquisizione di prove scientifiche e l'elaborazione del profilo criminale del delinquente. Rappresenta, a nostro parere, il punto nodale di contatto tra le scienze criminalistiche, volte a ricercare le tracce del reato, e quelle criminologiche, che studiano il comportamento delinquenziale sul piano della criminogenesi e criminodinamica, in base alle variabili di fatto intervenute nel caso concreto. In altri termini, criminologia e criminalistica contribuiscono insieme alla ricerca sulla scena dei connotati personologici del colpevole: l'una tentando di costruirne un potenziale identikit sociologico e comportamentale, l'altra attraverso lo studio "delle tracce di significato, [di] quegli elementi della scena del crimine che

rinviano allo stile dell'autore,[e] al possibile movente; [di] quegli indicatori che, attraverso le azioni compiute e le modalità di attuazione, contengono elementi riferibili alla soggettività in azione".<sup>15</sup>

E il raccordo tra tutti gli elementi indiziari presenti sul luogo del fatto costituisce una tappa senza dubbio obbligata nella formulazione di valide ipotesi investigative per delitti di matrice satanista o pseudoreligiosa.

Infatti, nel momento in cui si sospetta la natura esoterica di un crimine, oltre alle "tracce tradizionali" occorre ricercare elementi simbolici peculiari il cui ritrovamento, tuttavia, non è in sé necessariamente indicativo della commissione di un delitto settario.

Invero, gli oggetti simbolici ritrovati potrebbero esser stati lasciati sulla scena casualmente, oppure per depistare le indagini. E d'altra parte, anche l'assenza di simbolismo non esclude a priori la genesi occultista del crimine. Da un lato, infatti, la connotazione satanica o settaria del fatto può essere il frutto di una scelta consapevole della criminalità ordinaria; e dall'altro, le stesse sette potrebbero aver interesse a far passare per comuni i delitti commessi, per ragioni di opportunità o segretezza, specie se si tratta di crimini di tipo appropriativo o di fatti omicidiari che non necessitano di particolari procedure rituali. Gli atti di profanazione, ad esempio, non sempre hanno natura occultistica, e potrebbero avere finalità semplicemente vandalica, specie se la scena presenta i tratti disorganizzati e illogici tipici delle condotte di vandalismo.

Pertanto, l'analisi delle tracce deve essere supportata da un esame criminologico, che, attraverso uno studio degli aspetti antropologici e organizzativi delle sette, delle tecniche di reclutamento e di eventuali segni di alterazione percettiva del crimine commesso, circoscrivano l'area di ricerca dei colpevoli.

Ad ogni modo, gli indizi da ricercare sulla scena di un delitto pseudoreligioso sono molteplici e costituiscono un'importante base per lo studio criminogenetico della setta criminosa. In primo luogo,

---

<sup>15</sup> In questi termini DE LEO G. – PATRIZI P., *Lo psicologo criminologo*, Milano, 2006. Sulle tecniche di investigazione relative alla *crime scene* vd. CECCAROLI G., *Sulle tracce del delitto*, Padova, 2000; DONATO F., *Criminalistica e tecniche investigative*, Firenze, 2006; GABRIELLI F. – MANGANELLI A., *Investigare, manuale pratico delle tecniche di indagine*, Padova, 2006; PASTENA P., *La scienza delle tracce. L'identificazione scientifica dell'autore di un crimine*, Roma, 2003; PISAPIA G. V., *Sulle tracce dell'investigatore*, Padova, 1999.

dinnanzi a crimini liturgici e omicidiari, si prendono le mosse dall'ispezione cadaverica. Eventuali atti di cannibalismo, vampirismo, urofilia o necrofilia, tatuaggi, o mutilazioni possono essere indice di delitti satanici, specie se ad essi si aggiunge il ritrovamento di oggetti, animali amputati, scritte murarie o simboli rituali. Si pensi ai pentacoli rovesciati, alle croci capovolte, a particolari sequenze numeriche (666), o, ancora agli oggetti tipicamente connessi a reati di matrice satanica (candele colorate, calici, coltelli, bambole, vestiti da cerimonia etc.).

In caso di delitti commessi all'esterno, l'interesse deve spaziare all'ambiente circostante al delitto, per l'individuazione di segni, cerchi o fonti d'acqua, e al sottosuolo, per il ritrovamento di armi, animali o oggetti seppelliti, in genere utilizzati nei rituali esoterici.

Per reati commessi in appartamenti invece, è importante scandagliare tutti gli ambienti e considerarne i colori: stanze nere o rosse costituiscono infatti il teatro preferenziale di delitti satanici.

Ancora, si deve aver riguardo alla data di commissione del fatto. Il cd. calendario occultista, infatti, indica dei giorni preferenziali per la commissione di crimini rituali. Tra questi il 30 aprile (notte di Valpurga, nella quale per tradizione avviene l'incontro tra maghi, demoni e streghe), il 25 giugno (notte della magia), il 1 agosto (data di precipitazione di Lucifero in Terra) o il 31 ottobre (giorno di commemorazione dei defunti e delle tenebre).

Comunque, ripetiamo, si tratta di elementi che, singolarmente considerati non presentano una forte valenza criminogenetica. Ogni traccia, infatti, pur se evidente, deve essere valutata in raccordo con tutti gli altri elementi sulla scena, per essere inserita in un quadro criminologico di riferimento, che circoscriva l'area di indagine e escluda eventuali tentativi di depistaggio investigativo.

Nonostante i copiosi studi sul tema, ad oggi non è ancora stata elaborata una definizione cogente e universalmente condivisa di terrorismo.<sup>16</sup> Ciò in ragione della natura complessa del fenomeno, che

---

<sup>16</sup> V. B. M. JENKINS, *Il terrorismo internazionale: una rassegna*, in *Forme di organizzazioni criminali e terrorismo*, Milano, 1988, p. 189 ss., che sottolinea le difficoltà legate alla definizione del fenomeno, che portano “al *clique* che colui che per uno è terrorista, per un altro è un combattente per la libertà. La frase implica che non ci può essere una definizione obiettiva del terrorismo e che in un conflitto non esistono *standard* universali di condotta”.

costituisce una realtà composita e aterritoriale, segreta e omertosa, come tale difficilmente contrastabile con il ricorso agli strumenti repressivi tradizionali, in difetto tra l'altro di una efficace rete di cooperazione internazionale.

Storicamente, l'utilizzo del termine "terrorismo" risale alla fase giacobina della Rivoluzione francese, durante la quale il Comitato di salute pubblica per annientare i sostenitori della controrivoluzione instaurò la cd. dittatura del terrore.<sup>17</sup> Con gli anni il fenomeno ha assunto caratteristiche diverse, utilizzato strumenti e tecnologie sempre più avanzate, ma ha mantenuto intatti i connotati tradizionali. Da sempre, infatti, si tratta di una forma di lotta politica, influenzata da componenti ideologiche, storiche e culturali. Si caratterizza per il ricorso alla violenza simbolica e determina stati di allarmismo e panico nella collettività aggredita e nell'opinione pubblica, restia così a dubitare dell'ala protettiva delle istituzioni di riferimento.<sup>18</sup>

Per finalità meramente classificatorie, si distingue tra terrorismo diretto e indiretto, a seconda che l'azione compiuta miri allo scopo prefissato oppure si limiti a facilitare il militante nel perseguimento dei propri fini; terrorismo assoluto e relativo, in considerazione dell'entità delle violazioni commesse e dell'efferatezza delle gesta, sempre interdette o invece consentite dai costumi di guerra; e terrorismo di diritto comune o politico in relazione alla finalità perseguita.

Ad ogni modo, indipendentemente dalle esposte distinzioni, negli USA il terrorismo è definito come "l'uso illecito della forza e della violenza contro persone o beni, al fine di intimidire od influenzare i governi o la popolazione civile" così come in Gran Bretagna l'atto terroristico costituisce "un'azione o la minaccia di un'azione, che comprende gravi forme di violenza contro persone e beni, mette in pericolo la vita dell'individuo e rappresenta una grave minaccia per l'incolumità e la sicurezza della comunità o di una parte di essa".

E, come è evidente, ogni definizione si appunta sulla natura violenta dell'attacco terroristico, finalizzato a suscitare nell'avversario

<sup>17</sup> Per i riferimenti storici vd. L. BONATE, *Terrorismo internazionale*, Firenze, 2001; ID., *Dimensioni del terrorismo politico*, Milano, 1979.

<sup>18</sup> V. M. FOSSATI, *Terrorismo e terroristi*, Milano, 2003; A. F. PANZERA, *Terrorismo (dir. int)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 370 ss.; M. RONCO, *Terrorismo*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1987, p. 752 ss.; D. SPOLITI, *Spunti sulla figura del delitto terroristico*, in *Giust. Pen.*, II, 1980, p. 310 ss; S. ZEULI, *Terrorismo internazionale*, Napoli, 2002.

sentimenti negativi e inibitori, da cui scaturiscono inevitabili mutamenti sociali e alterazioni nelle abitudini di vita della popolazione. Non a caso i bersagli prescelti sono costituiti da centri religiosi e politici, o comunque da punti nevralgici del vivere civile. In altre parole, l'obiettivo è creare delle psicosi individuali e di massa attraverso l'aggressione efferata a simboli condivisi.<sup>19</sup> Si pensi alla paura di frequentare luoghi pubblici in caso di minacce batteriologiche o al terrore di ricorrere al trasporto aereo dopo l'attentato contro le torri gemelle dell'11 settembre del 2001.

Si tratta di una strategia psicologica ben congegnata, che mira a mettere in discussione la credibilità dei governi, a esacerbare i conflitti (etnici, sociali, politici e religiosi) e a destabilizzare l'opinione pubblica. In altri termini, e utilizzando in parte una classificazione d'intenti elaborata da un illustre studioso,<sup>20</sup> gli scopi perseguiti sono molteplici, ed in particolare: dimostrare la vulnerabilità e l'impotenza del potere politico; attrarre una vasta simpatia pubblica con la scelta di *target* selezionati, da pubblicizzare razionalmente; determinare una polarizzazione e una radicalizzazione presso il pubblico; spingere i governi ad azioni repressive inadeguate; presentare le azioni violente come gesta eroiche; e, soprattutto, generare stati di panico all'interno delle comunità colpite.

Tra l'altro, la psicosi allarmista successiva agli attacchi si alimenta con la potenzialità diffusiva degli strumenti di comunicazione mediatica, utilizzati dai gruppi terroristici per incrementare la risonanza mondiale delle relative azioni criminose. I delitti, infatti, vengono compiuti non tanto con l'intento di colpire un determinato bersaglio, quanto per indurre i *media* a diffondere la notizia, veicolando così indirettamente il messaggio e l'ideologia terroristica.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> M. L. MANISCALCO, in DE MEO *Media e terrorismo: vittime, condottieri, carnefici*, Roma, 2004, in relazione allo stato di paura che deriva dagli attentati di matrice terroristica, sottolinea come il perseguimento del fine politico e ideologico necessiti dell'attenzione dell'opinione pubblica, comunque ottenuta anche "se attraverso moti di orrore e di raccapriccio, perché anche la repulsione e la paura sono funzionali al ...disegno".

<sup>20</sup> Il riferimento è a M. C. BASSIOUNI, *Terrorism, Law Enforcement and the Mass Media: Perspectives, Problems, Proposals*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, n. 72, 1981.

<sup>21</sup> I *media* rappresentano da sempre uno strumento d'influenza dell'agire politico. Sul punto L. EDWARDS, *Media Politics. How the Mass Media Have Transformed World*

L'atto terroristico si distingue così dal delitto comune proprio per la volontà del relativo autore di rivendicare la paternità dell'azione criminale. Il militante, lungi dal nascondersi temendo la cattura, cerca infatti con ogni mezzo a sua disposizione di rendere nota la genesi delle proprie gesta. Ed è per questo che i mezzi di comunicazione, Internet in particolare, costituiscono per il terrorista uno strumento indispensabile su più fronti.<sup>22</sup> Possono infatti offrire una piattaforma per la diffusione della propaganda armata, amplificare la psicosi allarmista conseguenziale agli attacchi, e dare voce ai militanti attraverso i relativi comunicati stampa. In una parola, operano come strumento di divulgazione ad ampio spettro dell'ideologia terrorista.

Come infatti sottolinea la letteratura sul tema “la visione che abbiamo del terrorismo può essere capita come una strategia comunicativa violenta. C'è un emittente, il terrorista, un messaggio generato, la vittima, e il ricettore, il nemico e/o il pubblico. La natura dell'atto terroristico, la sua atrocità, la sua locazione e l'identità delle vittime, fungono da generatori della potenza del messaggio. La violenza, per diventare terroristica, richiede dei testimoni”.<sup>23</sup>

---

*Politics*, Washington, 2001, scrive: “I mezzi di comunicazione possono contribuire a migliorare o danneggiare le condizioni umane. Essi sono stati usati per promuovere la tirannia, come in passato in Unione Sovietica o in tempi recenti in Iraq. Essi hanno anche preservato la libertà, come negli stati Uniti e in altre democrazie Occidentali. Ed hanno aiutato ad estendere la libertà, come nell'Europa centrale, nel Sud Africa e nell'America Latina. Tirando le somme, la storia del ventesimo secolo dimostra che i mezzi di comunicazione sono una forza di liberazione quando e se essi sono usati con principi democratici e dalle istituzioni. Alcuni studiosi hanno scritto di un innato potere pro-libertà dei media, ma i mezzi di comunicazione sono anche degli strumenti che non garantiscono la libertà, come hanno dimostrato i regimi dittatoriali da Lenin a Hitler, e da Fidel Castro a Saddam Hussein”.

<sup>22</sup> Parzialmente contrario G. R. PICARD, *Media Portrayals of Terrorism – Functions and Meaning of News Coverage*, Iowa, 1993, p. 54 ss., che, pur sottolineando l'importanza dei media per i terroristi, ne evidenzia però la non indispensabilità. Secondo l'A., infatti, il terrorismo esisteva migliaia di anni prima dell'avvento della stampa e tutti i mezzi di comunicazione di massa non sono altro che strumenti ad oggi utili ai terroristi, al pari delle armi, degli esplosivi, dei velivoli o delle navi.

<sup>23</sup> Così A. P. SCHMID - J. DE GRAFF, *Violence as Communication: Insurgent Terrorism and the Western News Media*, in G. R. PICARD, *Media Portrayals of Terrorism*, cit., p. 4. Sul rapporto tra terrorismo e mezzi di comunicazione di massa vd. anche W. R. CATTON, *Militants and media: Partners in Terrorism?*, *Indiana Law Journal*, 53, 1978, in R. COHEN ALMAGOR, *Canadian Journal of Communication*, XXV, n. 2, 2000 (“I terroristi giocano con l'audience. Senza i mezzi di comunicazione essi raramente sarebbero

capaci di raggiungere largamente l'audience nello stesso modo in cui attirano l'attenzione"); R. CLUTTERBUCK, *The Media and Political Violence*, London, 1981; J. M. DESANTES GUANTER, *Relationship between Freedom of Press and Information and Publicity given by the Mass Media*, in D. L. PALETZ– A. P. SCHMID (a cura di), *Terrorism and the Media*, Newbury Park (CA), 1992, p. 65, che considera il terrorismo come un crimine informativo ("esso non può operare senza i moderni mezzi di comunicazione sociale...La violenza dei terroristi è semplicemente il trampolino del terrorismo con cui è comunicato il terrorismo"); P. WILKINSON, *The Media and Terrorism: A Reassessment*, in *terrorism and Political Violence*, London, 1997. M. WIEVIORKA, *The making of Terrorism*, Chicago, 1988, individua quattro tipologie di relazioni tra *media* e terrorismo. Il primo modello è quello cd. della indifferenza pura, piuttosto raro, che si instaura quando gli attentatori non intendono propagandare la loro ideologia né generare spavento, se non alle vittime che rientrano nel loro obbiettivo prestabilito; il secondo è quello dell'indifferenza apparente dei terroristi, già consapevoli di poter usufruire degli strumenti di comunicazione disponibili (stampa libera e centri di espressione come i luoghi di culto o di studio); il terzo è quello denominato *selfexplanatory*, che prevede un impegno diretto del terrorista ad utilizzare i *media* per veicolare i propri messaggi; e il quarto, cd. di rottura totale, si riferisce ai rari casi in cui il terrorista guarda ai *media* con diffidenza. D. L. PALETZ– A. P. SCHMID (a cura di), *Terrorism and the Media*, cit., indicano con chiarezza le modalità attraverso le quali i terroristi incrementano la potenzialità diffusiva del proprio messaggio. In primo luogo, i terroristi pianificano le loro azioni tenendo conto del relativo valore "notizioso", che dipende dal numero delle vittime da colpire, dalle connotazioni simboliche del bersaglio prescelto e dalla spettacolarizzazione dell'atto compiuto. Poi attivano un supporto propagandistico e un'attività di reclutamento; scelgono la data e il luogo più favorevoli per pubblicizzare l'azione ("un attacco bomba in una città può produrre maggiore pubblicità che un attacco in una campagna ...Lo stesso principio vuole che gli attacchi prendano posto quando e dove i media sono già radunati per un evento spettacolare. In questo modo i terroristi non devono creare tutte le notizie su di loro; possono sfruttare il già esistente evento mediatico...Così come il luogo anche la considerazione del tempo è fondamentale nella scelta degli attacchi terroristici. I terroristi possono, per esempio, agire durante le ore di punta dei mezzi di comunicazione."); rilasciano dichiarazioni e interviste; rivendicano la responsabilità degli atti terroristici; e pubblicano messaggi relativi al significato e al simbolismo dell'obbiettivo o dell'atto. Per la letteratura italiana vd. M. C. BASSIOUNI, *Terrorism, Law Enforcement and the Mass Media*, cit.; M. DE NIGRIS SINISCALCHI, *Mass-media e terrorismo: problemi giuridici*, in *Riv. pol.*, 1979; L. DI MEO, *Media e terrorismo: vittime, condottieri, carnefici*, cit.; N. FERRI, *Il silenzio-stampa nei rapimenti e sulle operazioni terroristiche*, in *Giust. Pen.*, 1979, p. 502 ss.; M. L. MANISCALCO, in DE MEO, cit., secondo cui il terrorismo costituisce un fenomeno legato alla visibilità, che "aspira a raggiungere un'audience, quanto più ampia possibile, da influenzare, non solo nel senso di richiamarne l'attenzione sulla propria causa, ma anche,

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ARONA D. – PANIZZA G. M., *Satana ti vuole*, Milano, 1995; BARRESI F., *Sette religiose e criminali. Dal satanismo ai culti distruttivi*, Roma, 2004; ID., *Tecniche psico-sociologiche di plagio e persuasione nelle sette sataniche*, Roma, 1999; CANTELMIT. – LA SELVA P. – PALUZZI S., *Psicologia e teologia in dialogo*, Cinisello Balsamo, 2004; CECCAROLI G., *Sulle tracce del delitto*, Padova, 2000; DE LEO G. – PATRIZI P., *Lo psicologo criminologo*, Milano, 2006; DEL RE M., *Riti e crimini del satanismo*, Napoli, 1994; DONATO F., *Criminalistica e tecniche investigative*, Firenze, 2006; GABRIELLI F. – MANGANELLI A., *Investigare, manuale pratico delle tecniche di indagine*, Padova, 2006; GATTO TROCCHI C., *Sette sataniche e occultismo*, Roma, 2005; INTROVIGNE M., *Il cappello del mago*, Milano, 1990; ID., *Indagine sul satanismo. Satanisti e antisatanisti dal Seicento ai giorni nostri*, Milano, 2002; ID., *I satanisti. Storia, riti e miti del satanismo*, Milano, 2010; MASTRONARDI V., *Le strategie di comunicazione umana – la persuasione, le influenze sociali, i mass media*, Milano, 2005; MASTRONARDI V.M. – DE LUCA R. – FIORI M., *Sette sataniche*, Roma, 2006; MONTI D. – FIORI M. – MICOLI A., *L'abisso del sé. Satanismo e sette sataniche*, Milano, 2011; PACE E., *Le sette*, Bologna, 1997; PASTENA P., *La scienza delle tracce. L'identificazione scientifica dell'autore di un crimine*, Roma, 2003; PISAPIA G. V., *Sulle tracce dell'investigatore*, Padova, 1999; STRANO M., *Manuale di criminologia clinica*, Firenze, 2003; TRUZZI M., *Definitions and Dimensions of the Occult. Towards a Sociological Perspective*, in *Journal of popular culture*, III, 1971.

## ABSTRACT

Il presente contributo si propone di fornire dei limpidi spunti di riflessione sui “crimini delle sette”, ovvero sulla rilevanza penale di tale fenomeno sociale, sulle tecniche di manipolazione adoperate dalle sette, nonché sui linguaggi e i segni che contraddistinguono la relativa scena del crimine.

*This paper proposes to provide some clear points of reflection on the "crimes of the sects", or the criminal relevance of this social phenomenon, on the manipulation techniques used by the sects, as well as on the languages and signs that characterize the relative crime scene.*

---

soprattutto, di riuscire a disporre delle sue paure e delle sue speranze”; G. D. PISAPIA, *Terrorismo: delitto politico o delitto comune?*, in *Giust. Pen.*, V-VI, 1975, p. 263.

## Giurisprudenza annotata



T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 16 luglio 2020 n. 8162 – Presidente: A. S. Amodio – Estensore: L. M. Brancatelli

ATTO POLITICO DI NATURA SOGGETTIVA – ATTO DI NOMINA DEL PRESIDENTE DELL'AGCM – INAMMISSIBILITÀ RICORSO PER SOTTRAZIONE ONTOLOGICA AL SINDACATO GIURISDIZIONALE

*L'atto di nomina del presidente partecipando della natura soggettivamente politica, poiché espressione di organi costituzionali di vertice, è libero nel fine, in quanto adottato con lo scopo di tutelare gli interessi della collettività e delle superiori esigenze di carattere generale. Dalla natura di atto politico di tale nomina deriva l'inammissibilità della sua impugnazione per sottrazione ontologica al sindacato giurisdizionale.*

\* \* \*

PIETRO MANCINI\*

## SULLA SOTTRAZIONE ONTOLOGICA AL SINDACATO GIURISDIZIONALE DEGLI ATTI POLITICI

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. Domatica ricostruttiva della nozione di atto politico. – 3. L'evoluzione storico-legislativa dell'atto politico. – 4. Profili ricognitivi. L'atto politico nell'interpretazione della giurisprudenza. – 5. Procedimentalizzazione mediata dalla Costituzione ed esaurimento della libertà delle forme.

### 1. Il fatto

La controversia origina dalla impugnazione dell'atto di nomina del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), deliberato dai presidenti delle Camere dei deputati e del Senato.

I giudici del TAR Lazio hanno giudicato inammissibile il ricorso proposto per la rilevata natura propriamente politica dell'atto di nomina impugnato, che, come tale, è sottratto al sindacato del G.A.

Il meccanismo di nomina del Presidente dell'AGCM è infatti disciplinato dall'art. 10, co. 2, L. 10 ottobre 1990, n. 287 e prevede la

---

\* Avvocato del Foro di Santa Maria Capua Vetere.

determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

Sulla nozione di atto politico viene richiamato il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui la qualificazione di atto politico è condizionata alla sussistenza di due requisiti: il primo di carattere soggettivo, consistente nel fatto che l'atto debba promanare da un organo preposto all'indirizzo ed alla direzione della cosa pubblica al massimo livello; il secondo a carattere oggettivo, consistente nell'essere l'atto libero nei fini perché riconducibile alle supreme scelte in materia di costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016 n. 808).

In tale prospettiva, il Collegio fa rilevare la peculiarità dell'atto adottato sotto il profilo soggettivo non da un organo di Governo o da altro appartenente al potere esecutivo, bensì di organi costituzionali quali i Presidenti delle Camere.

Dunque, essi sono chiamati a esprimere una scelta politica in ragione della massima imparzialità che rivestono nel sistema democratico istituzionale. E, conseguentemente, tale posizione non può che riverberarsi anche sulla natura dell'atto.

Esso, infatti, risponde all'esigenza di rispetto dei principi costituzionali, in particolare dell'art. 41 Cost., quello della libertà di iniziativa economica privata, per la cui tutela viene istituita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

L'atto di nomina del presidente AGCM partecipando della natura soggettivamente politica, poiché espressione di organi costituzionali di vertice, è dunque da considerarsi libero nel fine, in quanto adottato con lo scopo di tutelare gli interessi della collettività e delle superiori esigenze di carattere generale.

A fronte di una determinazione di simile portata, impossibile da sussumere nel novero degli atti amministrativi, il Collegio ha ritenuto non sussistere situazioni giuridiche tutelabili dinanzi al G.A., neppure per quanto concerne l'invio dei curricula degli aspiranti in fase antecedente la nomina.

In conclusione, la natura di atto politico dell'impugnata determinazione di nomina del presidente AGCM non può non comportare l'inammissibilità del ricorso giurisdizionale proposto contro di essa.

Il principio così affermato dai giudici amministrativi appare esente da critiche, ma consente comunque di approfondire, nelle pagine che seguono, una tematica, quella appunto della sindacabilità o meno degli atti politici, che sin dagli arbori dello Stato di diritto pare costituire un *vulnus* al generale principio di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi.

## 2. *Dottrina ricostruttiva della nozione di atto politico*

Dottrina e giurisprudenza per lungo tempo hanno concordemente ritenuto che gli atti politici costituissero una categoria di atti amministrativi sottratti, per il fine di tutela degli interessi e delle istituzioni fondamentali dello Stato, alla possibilità di sindacato giurisdizionale.

È stata così elaborata, per via giurisprudenziale, la teoria della causa oggettiva dell'atto politico secondo la quale può dirsi politico l'atto emanato per le supreme esigenze dello Stato, ossia l'atto formato sulla base di motivi estranei all'ordinamento giuridico, non apprezzabili giuridicamente.

L'atto politico, quindi, è *extra ordinem*, promosso dalla ragion di Stato, cioè dal bisogno di preservare le condizioni che rendono possibile la sussistenza ed esistenza dello Stato.

Esso, trova allora base in motivi non giuridici, o meglio metagiuridici, lasciando spazio all'azione delle autorità nella definizione degli interessi da perseguire e tutelare<sup>1</sup>.

Alla politicità di determinate fattispecie di atti si ricollega, in buona sostanza, la loro esclusione dalla tutela giurisdizionale, garantita dalla Costituzione alle situazioni giuridiche soggettive lese da provvedimenti dell'autorità amministrativa.

---

<sup>1</sup> F. BILANCIA, *Ancora sull'atto politico e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?* in Rivista AIC, n. 4/2012; R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in Forum di Quad. cost., 2012, V. GUGLIELMI, *Gli atti politici. L'art. 31 t.u. 26-6-1924, n. 1054 e la Costituzione Repubblicana*, in St. Scaduto, IV, Padova, 1970, 405; O. RANELLETTI – A. AMORTH, *Atti politici (o di governo)*, in Nss. D.I., vol. I, Torino, 1958, 1511 ss; S. RICHTER, *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in Dizionario Amministrativo (a cura) di G. Guarino, Milano, 1983; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in Dir. amm., 2012, 329 ss.

Il problema del raccordo tra art. 31 t.u. C. St. e l'art. 113 Cost. nella pratica non ha mai acquisito rilievo.

Del resto, dopo l'entrata in vigore della Costituzione non si registrano pronunce del Consiglio di Stato che abbiano accolto l'eccezione di politicità di qualche atto amministrativo: dimostrazione della tendenza della giurisprudenza amministrativa a restringere la categoria degli atti politici a quei soli che sono espressione di una potestà costituzionale di governo.

Atti, questi, che non sarebbero comunque soggetti a sindacato giurisprudenziale in quanto riproducenti un contenuto talmente ampio e discrezionale tale da non incidere sulle singole situazioni giuridiche soggettive<sup>2</sup>.

Lo sforzo di ricondurre l'atto politico nel più ampio genere dei provvedimenti amministrativi, desumendone poi per sottrazione i connotati tipici ed essenziali, non può che provocare una progressiva erosione della categoria, sempre in tensione tra l'esigenza necessaria di una generale tutela giurisdizionale contro le manifestazioni del potere amministrativo e l'attività politica di indirizzo generale dello Stato.

Se da un lato una siffatta interpretazione ha consentito di giustificare e legittimare l'esclusione di questa categoria di atti dal controllo giurisdizionale, è però pacifico che non appare più adeguata all'attuale configurazione dell'assetto dei rapporti istituzionali multilivello insistenti nell'ordinamento costituzionale italiano.

Come avverte la dottrina maggioritaria, non si può non tener conto del fatto che nell'attività di governo o esecutiva coesistano l'attività politica e l'attività amministrativa.

La prima si estrinseca nell'attività di direzione suprema della cosa pubblica, di coordinamento e controllo delle singole manifestazioni in cui si esprime.

La giurisprudenza e la dottrina hanno tentato di evidenziare i caratteri essenziali degli atti politici, al fine di determinare validi criteri di supporto ed elementi comuni nell'indagine di questa complessa e composita categoria.

---

<sup>2</sup> L. BUSCEMA, *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, Rivista AIC, n. 1/2014; G. FERRARI, *La nozione di atto impugnabile nella giurisprudenza dei TAR*, Ram, 1984, I, 385; A. M. SANDULLI, *Governo e Amministrazione*, RTDP, 1966, 740.

Per ciò, l'atto politico è contrassegnato da elementi connotatori ben precisi che lo distinguono nettamente dal provvedimento amministrativo.

Anzitutto per la diversa funzione che l'atto di governo svolge. L'attività di indirizzo politico è attività di apposizione dei fini mentre l'attività amministrazione consiste nella cura ed attuazione dei medesimi, con la scelta dei mezzi più idonei.

In secondo luogo, per la libertà delle forme in quanto l'attività politica non proviene da uno o più organi che ne siano titolari esclusivi ma assume le forme proprie di altre funzioni. Rispetto a questa categoria la dottrina distingue tra atti di governo e atti politici: i primi indicano gli atti che provengono da organi titolari del potere di indirizzo mentre i secondi sono semplici atti amministrativi che si nascondono dietro una veste formale politica. Con la conseguenza che gli atti di governo, a differenza dei secondi, sono insindacabili.

In terzo luogo, per l'indipendenza dell'atto dalla gerarchia delle fonti. A differenza degli atti giurisdizionali e amministrativi, gli atti politici sono direttamente collegati alla Costituzione e alle leggi costituzionali. Di essi, si dice, che sono liberi nel fine e non semplicemente discrezionali<sup>3</sup>.

Secondo taluni, tuttavia, la libertà nel fine è riferibile solo alle cosiddette fonti paritetiche all'atto politico.

Secondo altri, invece, al principio del numero chiuso degli atti politici si sovrappone, da un lato, un fenomeno di assoggettamento dell'attività politica a vincoli sempre più stretti (procedimentalizzazione), dall'altro una maggiore diffusione del potere politico come centro di legittimazione, imputazione, esercizio di attività, distribuita su livelli gerarchicamente differenti.

Le difficoltà d'ordine pratico e soprattutto teorico, di sistematizzazione prima ancora che problematizzazione della materia, non lasciano, però, dubbi sulla circostanza che la categoria degli atti politici comprenda atti di forza giuridica e di provenienza soggettiva diversa.

---

<sup>3</sup> M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico* (a cura di Amato – Barbera, Bologna, 1984; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984.

Sotto il profilo soggettivo sono politici gli atti emanati dal Governo, dal Parlamento, dal Presidente della Repubblica, dalla Corte costituzionale, dalle Regioni e dal corpo elettorale.

In questa categoria si sogliono distinguere gli atti di indirizzo politico costituzionale, posti in essere da organismi statali *super partes* e gli atti politici di maggioranza, attribuiti alla competenza degli organi cui compete la determinazione dell'indirizzo politico del Paese.

Sotto il profilo oggettivo è utile distinguere tra atti aventi forza di legge, atti aventi natura giurisdizionale, atti aventi natura diversa o solo formalmente amministrativi.

L'art. 31 t.u. C. St. è la fonte primaria che esclude la sindacabilità degli atti politici da parte del G.A. sotto il profilo della legalità.

Atti, che nella loro eterogeneità di forma e contenuto presentano l'elemento discrezionale del valore politico, quale predicato essenziale dell'atto stesso, non solo per contenuto, ma soprattutto per provenienza soggettiva e per irriducibilità alla cura di situazioni giuridiche soggettive determinate e particolari.

La moderna consapevolezza dell'esistenza di un potere politico, accanto ai tradizionali poteri esecutivo, legislativo, giudiziario sembrerebbe togliere importanza prima che significato giuridico, proprio all'art. 31, la quale, non solo va letta secondo un modello interpretativo compatibile con l'art. 113 Cost. ma sembra superata dallo stesso concetto attuale di atto politico, che nessuno ritiene più sottoponibile al sindacato giurisdizionale del G.A.<sup>4</sup>

La giurisprudenza, nel tempo, se da un lato ha progressivamente eroso l'area degli atti formalmente amministrativi, escludendo la natura politica di provvedimenti con ampia discrezionalità, dall'altra ha ampliato il perimetro del concetto di atto amministrativo, addirittura favorendo la creazione di una zona intermedia tra gli atti politici e quelli amministrativi, caratterizzata dagli atti di alta amministrazione.

Con lo scopo, questo, di allargare la sfera di influenza della sindacabilità fin sotto le soglie della politicità, così da ampliare i

---

<sup>4</sup> Tra i primi a rendersi conto della progressiva svalutazione dell'art. 31 t.u. C. St., ridotto a mero orpello formale ed a norma di principio, E. GUICCIARDI, *Aboliamo l'art. 31*, FA, 1947, II, I, 22.

marginari di tutela per il cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Essi non hanno funzione esecutiva ma, pur avendo in sé elementi della decisione politica, risultano vincolati nei loro fini.

Di recente, la giurisprudenza ha rimarcato la necessità dell'obbligo di motivazione, proprio per distinguerli dagli atti politici.

### 3. *L'evoluzione storico-legislativa dell'atto politico*

Il problema dell'inquadramento dogmatico del concetto di atto politico, e segnatamente l'interesse per lo studio di questa controversa categoria giuridica, dopo anni di torpore, si è ridestato in dottrina negli ultimi decenni dell'esperienza repubblicana e costituzionale, soprattutto a causa delle continue tensioni tra le istanze di libertà e gli spazi di riservato dominio richiesti dal decisore politico da un lato e l'esigenza di sindacato di legalità sugli atti prodotti nell'ordinamento perseguito dalla magistratura dall'altro.

La nozione di atto politico compare per la prima volta in Francia nella giurisprudenza del Consiglio di Stato durante in periodo della Restaurazione.

L'origine del concetto è legata alla crisi dell'organo giurisdizionale a seguito della caduta del regime napoleonico<sup>5</sup>, forgiata in funzione di autolimitazione delle proprie attribuzioni come strumento di regolazione dei rapporti con un Governo forte e stabile.

Il Consiglio di Stato, in epoca napoleonica, era stato identificato come organo congeniale alla fisionomia politica dell'Impero, funzionale alla necessità di controllo dell'apparato sugli organi amministrativi subordinati e periferici, volto a garantire l'omogeneità e la compattezza dell'organizzazione amministrativa.

---

<sup>5</sup> E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, 3; N. COCO, *L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in Riv. Dir. pubbl., 1927, 227, ss.; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in Arch. Dir. pubbl., 1937, vol. II, fasc. 2, 276 ss., vol. II, fasc. 3, 486 ss.; T. MARCHI, *A proposito della distinzione tra atti politici e amministrativi*, Parma, 1905, 115 ss.; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 339; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1899, 169 ss.; G. SIOTTO PINTOR, *Intorno al concetto del "potere politico"*, in Foro it., 1927, 1076 ss.

Guardato dai liberali con sospetto, osteggiato dagli estremisti di destra, negli anni della Restaurazione il Consiglio di Stato subisce un calo di popolarità, che si spinge fin quasi all'ostilità.

Con lo scopo della continuità dell'organo e della funzione, il Consiglio si preoccupa di limitare al massimo l'ambito delle proprie prerogative, finendo per definire, addirittura, uno spazio libero, sottratto a qualsiasi sindacato giurisprudenziale il cui oggetto si definisce essenzialmente come politico.

La nozione di atto politico emerge, così, come creazione pretoria con la decisione del maggio 1822 sul caso *Laffitte*.

Da quel momento, l'organo di giustizia amministrativa fa ampio uso della nozione per legittimare l'inammissibilità di alcuni ricorsi avverso atti adottati dal Governo.

In una prima fase dottrina e giurisprudenza condividono la tesi del «movente politico» o della «causa soggettiva».

Secondo tale teoria ogni decisione della pubblica amministrazione che persegue finalità politiche è, per ciò solo, considerata sottratta alla giurisdizione amministrativa.

In una seconda fase (1870) detta teoria viene superata a beneficio della teoria della «natura dell'atto», in forza della quale la giurisprudenza tende ad individuare una linea di demarcazione fra atti politici e atti di amministrazione<sup>6</sup>.

A partire dal 1872 si individua un criterio di definizione oggettiva degli atti di governo, sia con riferimento al profilo soggettivo che materiale.

La figura dell'atto politico è nota e riconosciuta in vari ordinamenti.

Non attecchisce in Belgio né in Germania mentre viene recepito nei paesi anglosassoni.

In Gran Bretagna vengono considerati insindacabili gli *acts of State*, negli Stati Uniti d'America non sono soggette a sindacato le *political questions*.

---

<sup>6</sup> P. BARILE, Atto di governo (e atto politico), in Enc. Dir., Milano, 1959, 221; C. DELL'ACQUA, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983; G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, 1984, 42.

I primi sono l'espressione di un potere di iniziativa legislativa la cui insindacabilità si giustifica con l'eccezionalità e la particolare delicatezza delle situazioni emergenziali che si intendono affrontare.

Negli Usa, invece, la sottrazione degli atti politici alla giurisdizione delle Corti, statali o federali, si giustifica con la rigidità del criterio di separazione dei poteri, in forza del quale l'attribuzione di competenza ad un organo determina automaticamente l'esclusione degli altri. Tale riserva di organo esclude in radice il sindacato giurisdizionale.

La legislazione spagnola sul contenzioso amministrativo, invece, nasce come soluzione di compromesso politico tra i partiti post-franchisti, per cui la discrezionalità del Governo si giustifica come essenziale requisito dell'esercizio di un potere che si sottrae al controllo giurisdizionale.

L'*acto de gobierno* si configura, quindi, come atto autoritativo ritenuto insindacabile in forza del proprio carattere intimamente libero nel fine.

Con l'approvazione nel 1998 della Legge sul contenzioso amministrativo l'atto politico cessa di essere considerato alla stregua di un provvedimento amministrativo discrezionale per essere configurato come deliberazione teleologicamente orientata al raggiungimento di uno scopo politico, costituzionalmente affidato agli organi supremi dello Stato.

Diversamente da quanto accaduto in Francia, ma similmente all'esperienza spagnola, la nozione di atto politico ha in Italia un'identità legislativa, la cui genesi è da rinvenire nella legge 31 marzo 1889 n. 5992, istitutiva della IV sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, al cui art. 24, co.2, si prevede che il «*ricorso non è ammesso se trattasi di atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*»<sup>7</sup>.

In questo contesto, originatosi dall'idea ambiziosa della destra storica di dare attuazione al sistema della giurisdizione unica ed uniforme sul territorio dello Stato, occorreva distinguere le attività politico-costituzionali da quelle più propriamente amministrative,

<sup>7</sup> D. PERUGINI, *Sul c.d. atto politico come atto non impugnabile*, in AA.VV., *L'invalidità amministrativa*, (a cura di) V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA, Torino, 2009, 522; F. NARDELLI, *Il ricorso alla IV sez. del Consiglio di Stato*, Roma, 1899, 5, ss; L. MEUCCI, *Diritto amministrativo*, Torino, 1902, 111 ss; A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Milano, 461 ss.

circoscrivendo le prime e sottraendole alla sindacabilità del potere giurisdizionale.

Ciò al fine di scongiurare il pericolo di stravolgere l'equilibrio dei rapporti tra poteri che si era venuto a creare con la scelta della forma di governo parlamentare.

Nel progetto originario della legge istitutiva della IV sezione non si faceva menzione alla categoria di atto politico.

Nella relazione introduttiva si accennava, però, alle funzioni puramente politiche del potere esecutivo, le quali dovevano intendersi sottratte al sindacato del Consiglio di Stato affinché il Governo potesse esercitare pienamente la propria funzione di indirizzo.

Le posizioni sostenute in sede di approvazione e discussione dinanzi alla Camera dei deputati possono essere compendiate nella polemica fra Salandra e Crispi.

Il primo guardava con sospetto alla creazione di una zona di insindacabilità. Temeva che, in ragione della difficoltà di delimitazione del concetto, una simile deroga al sindacato del G.A. avrebbe rischiato di annullare ogni garanzia giurisdizionale, consentendo al Governo di allargare, a piacimento, la nozione di atto politico fin quasi a restringere la funzione giurisdizionale e di controllo sui suoi atti.

Crispi, dal canto suo, contrapponeva a Salandra una visione eccessivamente restrittiva, affermando che al nascente organo amministrativo sarebbero state affidate solo materie strettamente amministrative, lasciando invece alla dialettica fra Parlamento e Governo la gestione degli atti politici.

Si finiva, così, per restringere l'area dell'insindacabilità alla sola attività meramente politica ovvero sia a quei momenti di espressione di potere di indirizzo del paese che giustificano la responsabilità del Governo.

In definitiva, nella interpretazione conclusiva, si decise di considerare politici solo gli atti indicati ed enumerati nell'art. 5 dello Statuto Albertino, atti di competenza del Re e dei suoi ministri, oltre agli atti del Ministero che ad essi sono delegati, nonché quelli che competono al Governo per la sicurezza pubblica dello Stato interna ed esterna.

Raggiunto l'accordo, Salandra ritirò i suoi emendamenti e la bozza di legge fu riformulata, per poi confluire, con identico dettato

formale, nell'art. 31 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 recante il TU delle leggi sul Consiglio di Stato<sup>8</sup>.

La previsione della categoria dell'atto politico ha precise giustificazioni di carattere storico ed è il frutto di un compromesso tra una visione liberale ed una autoritaria. La prima mira ad attuare pienamente il principio di legalità, la seconda invece a salvaguardare l'efficacia della macchina statale mediante la posizione di precisi limiti al potere giurisdizionale.

Il legislatore liberale ammetteva l'esistenza di un potere discrezionale in capo al Governo nella gestione degli affari politici di maggior rilievo, anzi lo riteneva necessario nell'economia dell'equilibrio dei poteri dello Stato.

In un contesto senza costituzione rigida né un giudice a presidio dei diritti individuali era quasi fisiologico prevedere una zona di riservato dominio a favore del potere esecutivo.

In tempi recenti, l'art. 31 del TU delle leggi sul Consiglio di Stato è stato riprodotto nell'art. 7 del codice del processo amministrativo, il quale preclude l'impugnativa per gli atti o i provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

Tale disposizione contrasta con l'opinione dottrina che, alla luce della mancata riproduzione della fattispecie nella legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali, considerava abrogata la norma sull'atto politico.

Con l'entrata in vigore della Costituzione si è a lungo discusso sulla opportunità di mantenere in vita questa disposizione.

Sia in sede di dibattito costituente che negli anni avvenire si è sempre cercato di trovare una soluzione, di concerto anche con la giurisprudenza amministrativa, per superare il concetto ovvero per la sua definizione, evitando che il contorno dell'indeterminatezza potesse ampliare l'area dell'insindacabilità così da aprire un *vulnus* alla tutela di diritti costituzionali e libertà fondamentali.

Oggi, appare concordemente affermata la tesi che, per garantire la reciproca indipendenza tra le diverse funzioni dello Stato, il G.A. non

---

<sup>8</sup> M. DEL SIGNORE, *Commento all'art. 31 Cons. Stato*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, (a cura di) A. ROMANO – R. VILLATA, Padova, 1985.

possa interferire nelle questioni concernenti la direzione suprema della *res publica*<sup>9</sup>.

A tal fine viene rimarcata la differenza tra atti amministrativi, soggetti al sindacato del G.A. ed atti espressione di una funzione di rango costituzionale.

La norma dell'art. 7 del codice riafferma così una esigenza di *giurisdizionalizzazione* delle controversie di diritto pubblico che viene controbilanciata dal riconoscimento di poteri decisionali riservati ad organi di governo poiché ancorati all'attività di direzione politica.

La problematica dell'atto politico ha ricevuto nuovo vigore negli ultimi tempi soprattutto per due fattori.

Il primo di questi va rintracciato nel portato deliberativo della sentenza n. 81 del 2012 della Corte Costituzionale.

Nell'*obiter dictum* della sentenza la Corte evidenzia che gli atti politici non possono sottrarsi ai limiti giuridici imposti dall'ordinamento ed alle verifiche di legittimità e validità per effetto dell'applicazione del principio di legalità.

Così, pur essendo ammissibile un ampio margine di discrezionalità che connota la scelta politica, esso resta circoscritto da vincoli posti da norme giuridiche che «ne segnano i confini o ne indirizzano l'esercizio».

Nonostante varie interpretazioni in dottrina, la sentenza ha consentito alla Corte di adottare un criterio rigoroso di identificazione del potere politico, il quale, come altri poteri, è regolato giuridicamente a mezzo di una norma di conferimento, di attribuzione e di imputazione di esso<sup>10</sup>.

Il che significa che l'atto politico ha un minimo di disciplina giuridica che disciplina la competenza ad emanarlo la quale non può sottrarsi al sindacato di legittimità.

<sup>9</sup> V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in Dir. pubbl., 2011, 62 ss; F.F. PAGANO, *Gli atti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in Dir. pubbl., 2013, 912; M. PERINI, *Atto politico e atto di Governo. Postilla di aggiornamento*, in Enc. Giur., Roma, 2008, 1.

<sup>10</sup> M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in Giur. Cost., 2012, per il quale «la Corte non ha fatto altro che delimitare i confini della sindacabilità degli atti del pubblico potere, rilevando come la politicità insindacabile si arresti di fronte alla sindacabile giuridicità del limite».

Che non costituisce un sindacato sul merito politico, bensì solo sulla legalità e proporzionalità di esso.

Secondo questa interpretazione, nell'espletamento dell'attività il governo non è del tutto libero, poiché soggetto al rispetto di procedure costituzionali ed alle necessità politiche.

Il secondo fattore è nell'emanazione del codice del processo amministrativo con la previsione di aree sottratte al sindacato giurisdizionale, in quanto espressive di potere politico.

#### 4. *Profili ricognitivi. L'atto politico nell'interpretazione della giurisprudenza*<sup>11</sup>

Il contrasto interpretativo sulla natura, i limiti, le tutele giurisdizionali ha coinvolto sia la dottrina che la giurisprudenza, soprattutto relativamente all'aspetto definitorio del problema, laddove l'atto politico è stato identificato per sottrazione rispetto alla categoria degli atti amministrativi.

Il punto di partenza è da rintracciarsi, inequivocabilmente, nell'art. 31 del T.U. 26 giugno 1924, n. 1054 che, come noto, sancisce l'insindacabilità di fronte al giudice amministrativo degli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del proprio potere politico.

A prescindere dai tentativi di inquadramento della nozione vennero elaborati inizialmente due criteri di individuazione dell'atto politico: uno, detto del movente politico o della causa soggettiva, riteneva politici gli atti dichiaratamente emanati per asserite finalità politiche; maggior fortuna ha avuto, invece, il criterio della causa oggettiva, in base al quale sono politici gli atti emanati al fine di provvedere ai supremi interessi dello Stato nella sua unità.

---

<sup>11</sup> A. ALBINI, *Osservazioni sugli atti politici*, in Foro Pad., 1951, III; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; G.B. GARRONE, voce "Atto politico", in Digesto pubbl., I, Torino, 1987, 544; G. GROTTANELLI DÈ SANTI, voce "Atto politico e atto di governo", in Enc. Giur. Treccani, IV, Roma, 1987; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, 51; F. PIGA, *Attività di alta amministrazione e controllo giurisdizionale*, in Foro it., 1981, I, 849; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in Dir. Amm., 2012, 329; C. VITTA, *Impugnabilità degli atti politici*, in Foro Amm., 1951, 203.

Tale ultimo criterio ha incontrato il favore della giurisprudenza sin dalla sua elaborazione.

Passando in rassegna, nel tempo, le principali pronunce delle corti di merito e di legittimità, il dibattito si è polarizzato su posizione talvolta restrittive, talaltre più moderate ed aperte nella valutazione della natura e del *genus* dell'atto politico.

Un primo orientamento, successivo all'adozione della Carta costituzionale, qualificava il carattere politico rispetto all'attitudine alla tutela delle supreme esigenze di carattere generale, all'attività di direzione dello Stato, alla tutela della collettività e delle istituzioni fondamentali (Cass. SS.UU., 3 maggio 1949, n. 1107; Cons. St., Sez. IV, 21 dicembre 1973, n. 1296).

In altri casi, la giurisprudenza ha affermato che sono atti politici *«quelli soltanto i quali costituiscono espressione della libertà politica connessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato»* (Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 1981, n. 340; Tar Lombardia, 12 febbraio 1992, n. 98; Tar Lazio, Sez. I, 31 marzo 1992, n. 467), così volendo offrire una interpretazione costituzionalmente orientata dell'attività politica.

Di diverso tenore, invece, l'orientamento assunto dal Consiglio di Stato nel 1996, che pone ulteriori parametri all'individuazione degli atti politici che per loro natura, non essendo equiparabili agli atti amministrativi, non soggiacciono al sindacato giurisdizionale.

Difatti, secondo il supremo collegio amministrativo, non costituiscono da soli, *imperium* e finalità di interessi generali, i caratteri essenziali dell'atto politico.

Così, per essere definito tale, *«il provvedimento deve attenersi a superiori esigenze di ordine generale, originanti da situazioni di fatto che possono compromettere i superiori interessi delle finalità e delle istituzioni fondamentali dello Stato»* (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 217).

Milita in tal senso anche la pronuncia del Tar Campania, Napoli, sez. I, 25 gennaio 1993, n. 22 in forza della quale *«l'atto politico è espressione di scelte libere nei fini, svincolate da obiettivi prefissati e lasciate alla determinazione sovrana, poiché sottratta a qualsiasi controllo dell'autorità»*.

Nel solco di questo orientamento viene rielaborata in dottrina la concezione di atto politico, connotato da due profili: uno soggettivo, dovendo provenire da un organo della P.A., preposto all'indirizzo ed alla direzione al massimo livello dello Stato) e uno oggettivo, dovendo

riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri.

Si assesta, su tale costruzione dommatica la stessa giurisprudenza che, anche per evitare che si esorbiti dall'alveo della politicità, propone una interpretazione restrittiva dell'art. 31 t.u. 26 giugno 1924, n. 1054, ritenendo che esso configuri una ipotesi eccezionale di sottrazione al sindacato giurisdizionale e soggetta, come tale, ad una interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al dettato dell'art. 113 Cost.

In ossequio a tale impostazione, alla nozione legislativa di atto politico, concorrono due requisiti: sul piano soggettivo occorre che si tratti di atto o provvedimento emanato dal governo; dall'altro che si tratti di atto o provvedimento emanato nell'esercizio del potere politico (Tar Veneto, sez. III, 25 maggio 2002, n. 2393).

La necessità di restringere la platea degli atti politici, sulla base dei due criteri elaborati, al fine di escluderne la sindacabilità, non può allora che passare dalla valutazione della sussistenza della tutela dei supremi interessi dello Stato e delle sue istituzioni, *non essendo sufficiente che vi intervenga una valutazione di ordine politico* (cfr. Tar Abruzzo, L'Aquila, 7 ottobre 2003, n. 839).

A differenza dell'atto di alta amministrazione, con il quale spesso viene confuso, l'atto politico è ampiamente libero nelle finalità, libero nelle forme, non suscettibile di motivazione.

L'ordinamento lo sottrae al sindacato giurisdizionale per preservare l'indipendenza e l'autonomia degli organi politico-costituzionali da indebite ingerenze nella costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri ovvero nella elaborazione dell'indirizzo politico e di direzione da dare allo Stato.

Accanto a tale tesi, l'argomentazione principale a sostegno dell'insindacabilità è la mancanza di parametri giuridici in base ai quali poter verificare gli atti politici.

L'unico limite cui essi devono soggiacere è rappresentato dall'osservanza dei precetti costituzionali, nonché dei vincoli assiologici da essa posti.

Sul piano processuale, è di tutta evidenza che il problema della tutela del singolo non si pone poiché l'atto politico non può dirsi lesivo di interessi individuali.

Trattandosi di direttive di carattere generale finiscono per non incidere sulle singole posizioni giuridiche dei soggetti destinatari, i quali, pertanto, non risultano titolari di un interesse ad agire in sede giurisdizionale.

5. *Procedimentalizzazione mediata dalla Costituzione ed esaurimento della libertà delle forme*<sup>12</sup>

L'attività politica si esaurisce nell'atto politico?

Nello Stato contemporaneo, l'individuazione di fini comuni all'intera collettività che lo compone si realizza attraverso un particolare momento dell'attività dei pubblici poteri diretto ad operare tale specifica individuazione tra i molteplici fini possibili: l'attività politica.

È infatti l'attività politica che indica le scelte (economiche, sociali, istituzionali, ecc.) di volta in volta considerate necessarie (o, comunque, più opportune) per il perseguimento dei fini di benessere collettivo, coordinando tutte le attività dell'organizzazione statale dirette a loro raggiungimento.

L'attività politica presenta altresì delle caratteristiche peculiari che la differenziano da altre attività (legislativa, amministrativa, giurisdizionale) che pure, assieme a quella politica, danno forma e corpo all'attività, onnicomprensivamente considerata, dello Stato; istituzione, quest'ultima, che si autolegittima e sopravvive proprio se e in quanto riesce a realizzare concretamente fini di interesse generale, cioè comuni alla collettività sociale.

Tali caratteri dell'attività politica sono essenzialmente due:

- la libertà dei fini, dal momento che le scelte fondamentali dell'attività statale restano liberamente determinabili (nei limiti stabiliti dall'ordinamento, e, in primo luogo dalla Carta

<sup>12</sup> R. DICKMANN, L'atto politico questo sconosciuto, in *Forum di Quad. cost.*, 2012, V; G. GENTILE, *La politica*, in *Fondamenti della filosofia del diritto*, III ed. rivista ed accresciuta, Firenze, 1937, p. 128; G. MAGGIORE, *La politica*, Bologna, 1941, 32-33; M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. Cost.*, 2012; A. ROMANO TASSONE, «Atto politico e interesse pubblico», (a cura di) A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO, *L'interesse pubblico tra politico ed amministrazione*, vol. I, Napoli, 2010, 311 ss.; P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era di sfiducia*, Roma, 2012, 9.

costituzionale), senza che possano esservi opposti vincoli di sorta da parte di altri soggetti;

- la libertà delle forme, dal momento che la stessa attività politica può estrinsecarsi attraverso le forme giuridiche, ritenute più opportune, ricorrendo anche a quelle proprie di atti posti in essere nell'esercizio di altre attività dello Stato, sebbene mantenendo l'osservanza delle specifiche forme rituali predisposte dall'ordinamento.

Proprio sulle forme dell'esercizio dell'attività politica, con l'avvento dell'esperienza costituzionale si è assistito ad un rafforzamento del controllo giurisdizionale sull'attività politica, finendo anche per assottigliare l'area dell'insindacabilità degli atti e dei provvedimenti governativi.

L'irruzione dello Stato costituzionale caratterizzato dalla pari dignità di legislazione e giurisdizione si è concretamente manifestato nella ingerenza del secondo potere nella sfera più propriamente politica, finendo per sindacare finanche le modalità di conduzione e formazione delle scelte politiche, di selezione della classe dirigente, di organizzazione interna dei partiti come strumenti di veicolazione delle istanze sociali.

L'eccesso di giurisdizionalizzazione non solo va ricercato nel declino della politica, che si è fatta attività di amministrazione – potere cui si chiede la neutrale selezione degli interessi da esprimere mediante la tecnicizzazione delle decisioni – ma soprattutto nella canalizzazione dell'energia politica in moduli procedimentali che ne irrigidiscono le fluttuazioni, ne addomesticano le spigolature, ne rendono docile la forza, fino alla soggiacenza allo scrutinio da parte della magistratura come flessione deferente al principio di legalità.

Il cedimento alla cultura della verifica giurisdizionale non può semplicemente spiegarsi con la necessità di declinare ogni attività statale secondo parametri di legalità.

Di certo, l'estensione del ruolo della giurisdizione è il risultato di una tendenza obiettiva che ha condotto all'esaurimento della capacità del sistema politico – rappresentativo di elaborare idee e progetti politici nuovi aventi funzione di legittimazione della democrazia.

La crisi di volizione creativa si può spiegare da un lato con l'esaurirsi della forza costruttrice della politica, dall'altro con il mutamento della natura stessa dell'essere umano, che ha smesso di

essere soggetto ed oggetto della politica, diventandone semplicemente mezzo e strumento.

In qualche contesto addirittura schiavo.

E questa condizione di “*impolitico*”, di sradicamento dalla sua stessa natura, attraverso solidi e perduranti meccanismi alienanti, di sospensione nel presente, di incapacità di declinazione di linguaggi ed esperienze non autoreferenziali, ha condotto l'uomo alla riduzione della politica a fattore psichico, finendo per confinarla in un ambito di un colpevole autismo<sup>13</sup>.

Per poter consistere il politico ha bisogno di oltrepassare l'ambito psichico del singolo, connettendosi ad uno scopo, posto al di là della psiche del suo soggetto.

Questa sua natura trascendente è oggi ampiamente limitata non solo da sistemi eccessivamente burocratici – che si articolano in procedure e sequenze, meccanismi e centri decisionali che favoriscono più l'aspetto gestionale, organizzativo che sostanziale o di contenuto – soprattutto con l'affermazione dell'esperienza dello Stato costituzionale, ma anche dall'aspirazione al potere per sé del singolo, circostanza questa che limita il dispiegarsi dell'energia politica.

In molti, anche tra gli studiosi della politica, confondono l'oggetto di indagine con il suo contenuto materiale, finendo per concentrarsi più sulla forma degli atti, ai quali si prescrivono elementi strutturali definiti essenziali *ad substantiam*, che sul contenuto o natura degli atti stessi, che qualificherebbero un atto come politico piuttosto che legislativo, amministrativo, esecutivo, giudiziario.

Neppure l'indagine sulle finalità, nel senso del vincolo teleologico dell'atto, pare abbia dato gli esiti sperati.

Se è vero che la sottrazione di attività statali al vaglio giurisdizionale aprirebbe la strada all'allargamento, forse, di condotte arbitrarie se lesive di diritti soggettivi, non va trascurato il fatto che lo Stato non riesce più ad imprimere effettività alle decisioni politiche, le quali, pur dotate di forza di coazione, imperatività, autoritatività, spesso si sfaldano contro il muro della realtà.

---

<sup>13</sup> L'autismo è un disturbo del neurosviluppo caratterizzato dalla compromissione dell'interazione sociale e da deficit della comunicazione verbale e non verbale che provoca ristrettezza d'interessi e comportamenti ripetitivi.

Il ritorno alla sostanza politica, più che semplicemente all'atto politico, si giustifica con il riappropriarsi della volontà di potenza da parte dell'uomo prima ancora che dello Stato, che certamente va declinata secondo il principio di legalità, senza però cedere di fronte al suo scopo ultimo: il bene supremo della società umana.

È nell'indagare la causa dell'atto politico, non la forma od il fine, che si può legittimamente definire politico un atto od una attività attuata dallo Stato.

Pur essendo questa predicato della natura inferente lo Stato stesso, non tutte le attività statali sono politiche.

A prescindere dalla forma o dal contenuto, gli atti politici hanno una funzione non solo di direzione generale della vita dei cittadini ma, soprattutto, poiché i fini dello Stato differiscono per contesto storico, necessità e condizioni ambientali intrinseche ed estrinseche, rappresentano l'espressione piena della volontà dello Stato nella difesa dei suoi interessi connaturati predeterminati in ogni sua singola manifestazione esteriore.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALBINI A., *Osservazioni sugli atti politici*, in Foro Pad., 1951, III; BARILE P., *Atto di governo (e atto politico)*, in Enc. Dir., Milano, 1959, 221; BILANCIA F., *Ancora sull'atto politico e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?* in Rivista AIC, n. 4/2012; BUSCEMA L., *Atti politici e principio di giustiziabilità dei diritti e degli interessi*, Rivista AIC, n. 1/2014; CERULLI IRELLI V., *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in Dir. pubbl., 2011, 62 ss; CHELI E., *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961; COCO N., *L'atto di potere politico negli odierni atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in Riv. Dir. pubbl., 1927, 227, ss; DEL SIGNORE M., *Commento all'art. 31 Cons. Stato*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, (a cura di) A. ROMANO – R. VILLATA, Padova, 1985; DELL'ACQUA C., *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, Padova, 1983; DI GASPARE G., *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Milano, 1984, 42; DICKMANN R., *L'atto politico questo sconosciuto*, in Forum di Quad. cost., 2012, V. GUGLIELMI, *Gli atti politici. L'art. 31 t.u. 26-6-1924, n. 1054 e la Costituzione Repubblicana*, in St. Scaduto, IV, Padova, 1970, 405; FERRARI G., *La nozione di atto impugnabile nella giurisprudenza dei TAR*, Ram, 1984, I, 385; A. M.

SANDULLI, *Governo e Amministrazione*, RTDP, 1966, 740; GARRONE G.B., voce “*Atto politico*”, in *Digesto pubbl.*, I, Torino, 1987, 544; GENTILE G., *La politica*, in *Fondamenti della filosofia del diritto*, III ed. rivista ed accresciuta, Firenze, 1937, p. 128; GROTTANELLI DÈ SANTI G., voce “*Atto politico e atto di governo*”, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1987; GUICCIARDI E., *L’atto politico*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1937, vol. II, fasc. 2, 276 ss., vol. II, fasc. 3, 486 ss.; ID., *Aboliamo l’art. 31*, FA, 1947, II, I, 22; LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. Cost.*, 2012; MAGGIORE G., *La politica*, Bologna, 1941, 32-33; M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. Cost.*, 2012; MARCHI T., *A proposito della distinzione tra atti politici e amministrativi*, Parma, 1905, 115 ss; MEUCCI L., *Diritto amministrativo*, Torino, 1902, 111 ss; NARDELLI F., *Il ricorso alla IV sez. del Consiglio di Stato*, Roma, 1899, 5, ss; NIGRO M., *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico* (a cura di) Amato – Barbera, Bologna, 1984; ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*, Milano, 2005, 51; PAGANO F.F., *Gli atti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico nella più recente giurisprudenza tra separazione dei poteri e bilanciamenti costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 912; PERINI M., *Atto politico e atto di Governo. Postilla di aggiornamento*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2008, 1; PERUGINI D., *Sul c.d. atto politico come atto non impugnabile*, in AA.VV., *L’invalidità amministrativa*, (a cura di) V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA, Torino, 2009, 522; PIGA F., *Attività di alta amministrazione e controllo giurisdizionale*, in *Foro it.*, 1981, I, 849; RANELLETTI O. – A. AMORTH, *Atti politici (o di governo)*, in *Nss. D.I.*, vol. I, Torino, 1958, 1511 ss; RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 339; RICHTER S., *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in *Dizionario Amministrativo* (a cura di) G. Guarino, Milano, 1983; ROMANO TASSONE A., «*Atto politico e interesse pubblico*», (a cura di) A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO, *L’interesse pubblico tra politico ed amministrazione*, vol. I, Napoli, 2010, 311 ss.; ROSANVALLON P., *Controdemocrazia. La politica nell’era di sfiducia*, Roma, 2012, 9; SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1899, 169 ss; SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Milano, 461 ss.; SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984; SIOTTO PINTOR G., *Intorno al concetto del “potere politico”*, in *Foro it.*, 1927, 1076 ss.; TROPEA G., *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l’atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss.; VITTA C., *Impugnabilità degli atti politici*, in *Foro Amm.*, 1951, 203.

## Recensioni



S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Il Mulino, Bologna, 2010, pag. 150.

La comprensione dei fenomeni storici è tanto più importante quanto tale analisi riesca a contribuire alla decifrazione della Storia di un Paese.

Questa convinzione appare tangibile nel volume, “Lo Stato fascista”, di Sabino Cassese, giudice emerito della Corte costituzionale e professore emerito della Scuola Normale Superiore, che affronta lo studio di questo fenomeno storico con chiara e lucida critica scientifica.

L’opera si prefigge di decifrare il Fascismo attraverso l’analisi delle sue Istituzioni e della sua connotazione corporativistica, che costituiscono un aspetto essenziale per la conoscenza della “natura democratica e popolare del fenomeno fascista”, nonché del suo rapporto Stato-cittadino.

Come ebbe a dire Giovanni Gentile (così come riportato nella premessa del volume): “*Lo Stato fascista è popolare, in tal senso lo Stato democratico per eccellenza [...] lo Stato esiste in quanto e per quanto lo fa esistere il cittadino*”.

Ed invero, il fascismo non si lascia racchiudere in un’unica forma. Esso è stato un complesso fenomeno storico-politico ricco di peculiarità e contraddizioni, la cui definizione non può prescindere dalla comprensione della sua essenza corporativa ed istituzionale, che costituisce un tratto naturale che lo contraddistingue dallo Stato prefascista.

Il corporativismo è quella dottrina politica e sociale fondata sul tentativo di superare la c.d. “questione operaia” e i conflitti di classe, tramite l’intervento dello Stato e la costituzione di corporazioni a base economica e di mestiere, sul modello delle corporazioni medievali.

Il Partito Nazionale Fascista mutuò l'ideologia corporativa dalla dottrina cristiana, riuscendo a cucire i principi solidaristici di cui tale ideologia si componeva con il credo fascista, intessendo il rapporto Stato-cittadino su basi assolutistiche servendosene, poi, per imbrigliare la volontà e gli interessi di un'intera Nazione.

Il corporativismo rappresentò, quindi, per il Regime un'occasione per condensare tutti i principi dell'ideologia antiliberale in una sola dottrina, conferendogli una contestualizzazione ideologica nella costruzione socio-giuridica fascista.

Per compiere questa operazione, il fascismo fa proprie quelle componenti corporative già presenti nell'Italia liberale autoritaria prefascista (ordini professionali, camere di commercio, ecc.) mutandone la forma ed istituzionalizzandone la struttura nell'apparato dello Stato.

La complessità del fenomeno fascista richiede, quindi, di interrogarsi innanzitutto sulla vera essenza giuridico-sociale dello Stato fascista, ovvero sulla possibilità di distinguerlo dallo Stato pre-fascista e dallo Stato post-fascista, nonché sui tratti comuni tra gli stessi e sulla continuità Stato liberale-Stato fascista-Stato democratico. Sicché, solo una volta delineate le strategie istituzionali del fascismo sarà possibile, poi, individuare il corretto rapporto intercorrente tra le corporazioni e i sindacati e, quindi, la stessa evoluzione dello Stato corporativo fascista.

Ciò nondimeno, va osservato che la costruzione dell'impianto corporativo fascista consentì al Regime di raggiungere tre obiettivi tra loro contraddittori in campo sindacale. Se in primo luogo, l'impianto corporativo consentì di dare una posizione di monopolio ai sindacati fascisti dei lavoratori, al tempo stesso, consentì di irreggimentarli, disciplinandoli, per poi piegarli e

riaggregarli secondo i fini del Partito in modo da limitarne il potere. Questi due obiettivi però non possono celare il fatto che lo stesso impianto corporativo fascista consentì di aprire un canale di accesso politico per la dirigenza sindacale nei vertici delle istituzioni governative dello Stato.

Si tratta obiettivi che dimostrano come la tradizionale ricostruzione che vede nell'azione del Regime fascista, nei confronti dei lavoratori e delle loro organizzazioni, solo l'intento di creare un ordine di polizia, appaia oltremodo limitata nella sua capacità di comprendere in modo corretto il fondamentale "ruolo sociale" assicurato dallo Stato fascista ai vertici della struttura corporativa nell'impianto istituzionale statale (esemplificativo appare, al riguardo, la costituzione della Camera dei Fasci e delle Corporazioni) .

Sicuramente, l'ordine corporativo fascista giocò un ruolo negli anni del Ventennio anche sul "piano politico-economico" e, in particolare, nella regolamentazione dei mercati finanziari. Esso contribuì infatti a verticalizzare e a consolidare una divisione dei ruoli lavorativi ed economici degli operatori del mercato, proteggendoli dalla concorrenza straniera e, al contempo, relazionando tra loro l'Alta Finanza e le piccole e medie imprese.

Eppertanto, il Regime fascista costituì un vasto ed articolato fenomeno storico sociale per la cui corretta comprensione si richiede necessariamente una ricerca scientifica sinergica in grado di comprendere i suoi tanti risvolti storici, politici, giuridici, sociali ed economici.

Il volume di Sabino Cassese attraverso questo tipo di analisi "contemperativa", si concentra sulla sua natura corporativa del Fascismo come evolutasi nel Ventennio e declinata per mezzo delle sue Istituzioni statali, e si fa apprezzare per la capacità di catalizzare l'attenzione del

lettore nei confronti di un aspetto oltremodo essenziale del Fascismo, sebbene poco noto all'opinione pubblica.

Cassese ripercorre, quindi, la costruzione dell'impianto corporativo fascista e la formazione di un *“accesso privilegiato ai processi decisionali ad alcuni interessi organizzati (non solo quelli padronali, bensì anche quelli delle classi lavorativi) assegnando loro un notevole potere di autoregolamentazione, ma sotto il controllo dello Stato [che diede vita ad un] sistema di potere [che] rappresentò l'opposto di un sistema aperto e competitivo, nel quale il policy making è lasciato aperto all'influenza di gruppi di interessi economici e sociali multipli e in competizione, che partecipano dall'esterno, per via procedimentale, non entrando negli organi pubblici, con minor grado di coinvolgimento dello Stato e minori controlli”*.

In definitiva, il volume analizza lo sviluppo delle Istituzioni pubbliche costitutesi a partire dagli anni Venti del secolo scorso fino alla instaurazione della Repubblica Italiana, esaminandone le funzioni, gli obiettivi raggiunti, le finalità e le contraddizioni. In tale prospettiva di fondo, l'A. individua le tracce dell'ordine corporativo ancora presenti nell'apparato statale vigente e che tanto hanno giovato allo sviluppo dell'odierno apparato sindacale e previdenziale italiano, senza dar conto alla volontà di chi ha interesse a tacere delle stesse, ma ricostruendo con cura analitica il progetto corporativo comune alla base dell'azione del Regime fascista.

In estrema sintesi può dirsi che il vero pregio dell'opera è quello di aver saputo, come poche altre, individuare una formula analitica di chiara lettura che consenta una panoramica completa, sebbene sintetica, di un fenomeno socio-politico multiforme come il Fascismo, con il quale la Storia (in particolare la Storia delle Istituzioni) e la Teoria generale del diritto pubblico ancora non hanno regolato i conti.

CARMINE ALDO AGNELLO QUERCIA

